

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'ACTION PECUNIÆ CONSTITUTÆ

PRINCIPALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC

L'ACTION CERTÆ CREDITÆ PECUNIÆ

PAR

JACQUES DÉJARDIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le samedi 28 novembre 1914, à 1 heure 1/2

Président : M. JOBBÈ-DUVAL, professeur.

Suffragants { *MM. CUQ, professeur.*
AUDIBERT, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'ACTION PECUNIÆ CONSTITUTÆ

PRINCIPALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC

L'ACTION CERTÆ CREDITÆ PECUNIÆ

PAR

JACQUES DÉJARDIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le samedi 28 novembre 1914, à 1 heure 1/2

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Président : M. JOBBÈ-DUVAL, professeur.

Suffragants { *MM. CUQ, professeur.*
AUDIBERT, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

A MES CHERS PARENTS

L'Action pecuniæ constitutæ

principalement dans ses rapports

avec l'Action certæ creditæ pecuniæ

INTRODUCTION

Dans un article consacré à l'étude du commerce de banque sous la législation de Justinien, M. Platon déclare, à propos d'une difficulté que fait naître la ressemblance du constitut romain et de l'hémiolion grec, qu'une analyse approfondie du constitut nous fixant sur sa nature, d'une manière définitive, devrait nous permettre de décider tout à fait la question.

« C'est malheureusement, ajoute-t-il, cette analyse définitive que nous n'avons pas encore. Les auteurs qui se sont le plus occupés de la question ne s'entendent pas sur les points essentiels » (1).

Nous n'avons pas la prétention, en présentant ce

(1) *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, année 1911. Chapitre V ; Histoire et rôle du constitut, p. 160.

travail, d'élucider la question fort controversée, à la vérité, et de concilier les auteurs dont les thèses émises sont si nuancées à ce sujet. Nous essaierons, en nous rapportant le plus possible aux sources et, pour celles concernant la période classique, à celles qui nous paraîtront le plus dignes de confiance, de donner, sinon la lumière désirée par M. Platon, mais toutefois de rendre moins obscure et un peu plus explicable cette institution juridique qu'est le *constitut* romain.

Certes, de la lecture des textes principaux s'y rapportant, se détache cette idée que le *constitut* présente un caractère particulier au milieu de toutes les constructions du droit romain, et pourtant il ne manque pas de certaines analogies qui le font comparer avec d'autres institutions présentant des caractères assez semblables et qui, pouvons-nous espérer, seront peut-être de nature à donner sur ce pacte une notion plus claire et plus facilement concevable que celle que l'on a tenté de découvrir jusqu'ici.

C'est surtout quant à la sanction que se révèle cette quasi-parenté du *constitut* et d'autres actes juridiques. Dans la procédure de l'action *pecuniæ constitutæ*, avant d'entamer les luttes du procès, le demandeur avait la faculté de déférer le serment à son adversaire, puis, si la procédure même s'engageait, le demandeur pouvait exiger du défendeur la promesse solennelle, au moyen de la *sponsio*, que celui-ci lui verserait la moitié en plus de l'intérêt litigieux si son droit était

reconnu fondé ; pour le cas contraire, il se liait lui-même par le procédé de la *restipulatio* et s'obligeait à donner cette même somme au défendeur. Or ces deux moyens de droit étaient déjà usités pour l'action sanctionnant l'obligation d'une *certa pecunia credita*, l'action « *certæ creditæ pecuniæ* », sauf que le montant de la *sponsio* était seulement du tiers en cette hypothèse. Le serment, comme nous le verrons, avait les mêmes caractères et jouait le même rôle dans ces deux actions.

Au point de vue de l'acte en lui-même, le constitut se rapproche de l'engagement pris par un banquier dans ses rapports avec ses clients, à l'effet de solder leurs dettes ; le constitut voisine alors avec le *receptum argentarii*.

C'est surtout le lien juridique pouvant rattacher les deux actions du constitut et de la « *certa credita pecunia* » que nous envisagerons, en nous demandant, dans trois parties différentes, quelles ont été l'origine du constitut, les transformations qu'il a subies pendant la période classique, et enfin son organisation et sa raison d'être, au Bas-Empire, et particulièrement sous le règne de Justinien.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

« Origine de l'action pecuniæ constitutæ »

CHAPITRE PREMIER

THÉORIES SUR CETTE ORIGINE.

L'origine de l'action « pecuniæ constitutæ » ne peut être démontrée avec certitude que si, auparavant, on recherche quelle est la véritable étymologie du mot « constituere », d'où a été tiré le substantif « constitutum » et finalement le nom de l'action.

Le verbe « *constituere* » est le composé de *cum* et de *statuo*, ce qui signifie : *décider, résoudre ensemble*. Le mot « *statuo* » désigne une intention précise, arrêtée, et la préposition « *cum* », placée devant, indique une décision prise à deux personnes, un accord sur un point déterminé. Ainsi compris, le mot « *constituere* » a le sens le plus large, il est synonyme de « *consensus* » ; il évoque l'idée de contrat en général de tout ce que deux ou plusieurs décident de faire après délibération. Dans cette acception, le « *constituere* » s'applique aussi

bien au constitut que nous étudions qu'au constitut en matière possessoire. Le consentement est toujours à la base de cet acte juridique.

Pourtant il y a, entre ces deux institutions, des différences qui font qu'aucune idée ne peut venir de les comparer l'une avec l'autre. L'une, le constitut possessoire, est un expédient destiné à éviter la tradition : c'est un cas de tradition feinte. L'autre, le constitut, est un pacte par lequel une personne s'engage vis-à-vis d'une autre. L'élément consensuel domine ces deux actes ; c'est dans l'intention qu'a le nouveau possesseur de se comporter comme tel, *animo possidendi*, dans ses rapports avec l'ancien, sans qu'il y ait aucune dépossession matérielle, que réside l'essence du constitut possessoire ; de même, c'est dans la volonté bilatérale de deux personnes que se trouve la base du constitut relatif à une dette. D'où nous concluons qu'entre ces deux actes si différents existe un point qui leur est commun, c'est-à-dire un accord qui n'a pas besoin de formes pour être sanctionné.

Le constitut serait donc uniquement la convention fixant les obligations respectives de deux personnes. Mais c'est une convention à caractère rigide, qui comporte, outre un lien plus étroit entre le débiteur et le créancier, une précision de faits qui n'est pas habituelle dans les actes juridiques ordinaires. La plupart des auteurs prétendent que le constitut, d'après son étymologie, aurait été le pacte en vertu duquel une per-

sonne promet de payer une dette à un jour fixé. L'accord résiderait dans le fait qu'il y aurait un terme, objet de la convention. Suivant ces auteurs, la nécessité d'un *dies* dans le constitut formerait une condition de validité de la convention (2). Sans cela, le constitut est nul. A l'appui de cette assertion, les auteurs citent de nombreux textes, tant littéraires que juridiques, où ils essaient de montrer que le mot « *constituere* » évoque toujours une idée de temps, de jour (3). Nous leur objectons que le mot est pris dans un sens spécial, que, dans les nombreux exemples qu'ils nous fournissent, le mot est employé pour fixer un accord relativement à un temps ; mais que ce n'est pas l'essence même du verbe « *constituere* » de comprendre une notion de temps. Pour dire que le constitut sans jour est nul, on peut s'appuyer sur le fragment 21, livre 13, titre V, « de Pecunia constituta », ainsi conçu :

« *Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant.* »

Quand un constitut n'est pas fait pour un jour, on peut dire qu'on n'est pas tenu, bien que les paroles soient conçues en termes larges. Or, si les auteurs trouvent dans ce paragraphe l'indice que c'est de l'essence du constitut qu'il y ait prise d'un jour, on y voit aussi non moins clairement que le prêteur n'avait pas rédigé

(2) Voir GIRARD, p. 603, note 1; VALÉRY, p. 529, 1891.

(3) BRUNS : *Das Constitutum debiti. Kleinere Schriften*, p. 223-233. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, p. 902, note 4.

son édit en s'appuyant sur ce principe. Paul, auteur de ce fragment, ajoute que les termes de l'édit s'entendent au sens large, c'est-à-dire que la validité du constitut n'est pas subordonnée à la fixation d'un jour. Puis Paul continue en indiquant la raison qui lui a fait dire : « *potest quidem dici te non teneri* » :

« Alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas. »

C'est parce que l'action pourrait être intentée immédiatement contre le défendeur, que justement ce dernier a fait le constitut pour échapper à des poursuites imminentes de la part d'un créancier peu enclin à la temporisation. C'est donc pour une raison d'utilité que le constitut était, à son origine, assorti d'une échéance, parce que c'était sa raison d'être ; mais cette existence d'un *dies* n'était pas, en pure étymologie, de l'essence du constitut.

Nous concluons que le constitut est un acte dont la signification est générale, mais qu'à ses débuts il existait à sa base une notion de temps qui justifiait son introduction, et que c'est grâce à cette notion si générale qui avait trouvé sa répercussion dans l'édit que le constitut a pu être susceptible des applications les plus nombreuses et les plus pratiques. C'est bien cette notion que l'on peut découvrir en lisant le fragment 1^{er}, principium, où Ulpien dit la raison d'être de l'édit :

« Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui

constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere. » C'est le simple consentement qui donne efficacité à l'acte, c'est lui seul qui est capable d'engendrer l'action, parce que ce consentement est donné dans des circonstances telles, que ne pas exécuter l'engagement qui en est sorti, serait un acte de mauvaise foi. C'est l'ensemble de ces circonstances que nous devons examiner maintenant pour résoudre la question controversée de l'origine de l'action pecuniæ constitutæ. Aucun texte du Digeste ne nous renseigne sur la nature du lien juridique existant, alors que le constitut est fait. Pour trouver quelle fut la première application de cet acte, il nous faut consulter des jurisconsultes bien renseignés, mais qui vivaient à une époque assez lointaine de celle où les premières manifestations de cette convention se produisirent. Malgré cela, il faut se borner à les consulter, à défaut d'autre source plus proche. D'abord, nous nous adressons à la paraphrase des Institutes de Justinien, paraphrase du commentaire IV, titre VI, « de Actionibus », § 8, que nous transcrivons en entier, en raison de l'intérêt primordial qu'elle offre pour l'histoire du constitut.

« Non solum in rem uti dictum est, sed etiam in personam actiones prætor proposuit, veluti de pecunia constituta, hæc enim non est civilis ; locumque habet in ejusmodi casu .c. aureos mihi debebas : obviam tibi veni eos repetens ; cum ita peterentur et velles præsentis angustias effugere, pollicitus es decimo mensis

die eos te soluturum ; cum dies jam elapsus esset, repetam a te, qui actionum fines subtilius captans nullo modo te teneri aiebas ; non enim stipulatio facta fuerat, ut ex stipulatu tecum agi posset, neque mandatum erat subsectitum ut mandati actio competeret, tuam igitur improbitatem prætor respiciens, quæ tuis ipsius promissis adversatur, pecuniæ constitutæ actionem proposuit. »

Le mérite de ce texte est double, en ce qu'il fait connaître d'une façon très précise, en même temps que très scientifique, les circonstances dans lesquelles un constitut est conclu, et aussi en ce qu'il affirme que c'est bien le prêteur qui a sanctionné ce pacte.

De plus, nous avons encore le témoignage des *Basiliques*, livre 26, 7, 16 :

« Verbi gratia, debedam alicui centum, et in iudicium vocatus sum. Postea ei constitui... ea solvi intra Calendas Julias. »

Les deux textes concourent à montrer que, lorsque le débiteur aux abois, cité en justice par son créancier, voulait échapper aux sanctions efficaces et dangereuses de la procédure de la « *condictio certæ pecuniæ* », il lui demandait un délai, et avec son consentement lui promettait d'exécuter son obligation ponctuellement, à telle date. C'est dans ces circonstances que le constitut était conclu sans forme, le créancier se fiant à la bonne foi de son débiteur. Mais il arrivait, au témoignage de Théophile lui-même, d'après l'opinion géné-

rale, que cette confiance pouvait être peu méritée et que le débiteur laissait passer le jour sans satisfaire à son obligation, trompant ainsi l'attente de son créancier. Bien plus, ce dernier intentait une action, lui réclamant son paiement ; le débiteur, profitant avec subtilité de la limitation des actions, affirmait qu'il n'était tenu en aucune façon. En effet, ajoute Théophile, il n'y avait pas eu de stipulation pour que l'action *ex stipulatu* pût être intentée ; il n'y avait pas eu de mandat pour donner lieu à l'*actio mandati*. Pourtant la malhonnêteté était flagrante : le débiteur avait spéculé sur la simplicité de son créancier. C'est pourquoi le prêteur est intervenu pour donner l'action *pecuniæ constitutæ*, « *quoniam grave est fidem fallere* », nous dit Ulpien (loco cit.).

Mais ce rôle de prêteur, dans la sanction du constitut, est méconnu par certains auteurs, et l'on voit parfois dans notre action soit une action ancienne du *jus civile*, soit le résultat d'influences étrangères que le même *jus civile* aurait faites siennes, sans compter d'autres théories qui rattachent la sanction du constitut à ce fait qu'un consentement redoublé peut faire naître une action contre celui qui l'a manifesté (*pactum geminatum*). Nous ne discuterons pas cette théorie émise assez anciennement par de vieux commentateurs, attendu que ce pouvoir de faire naître une action, alors qu'un pacte est répété, est exorbitant, et que la règle traditionnelle et rigide « *nuda pactio obligationem*

non parit » aurait été très facilement éludée s'il avait suffi de manifester son consentement deux fois pour en supprimer le sens. En outre, cette théorie est contraire à l'enseignement de Théophile, qui nous affirme que le créancier, à la suite du constitut, n'avait aucune action à sa disposition. Cette déclaration est formelle.

Nous nous bornerons à rapporter les deux premières opinions sur l'origine de la sanction du constitut qui paraissent plus facilement acceptables et mieux fondées, sans que nous puissions toutefois les adopter.

M. Valéry (4) prétend que le constitut aurait été, à l'origine, une convention passée entre un débiteur soumis à la *manus injectio* et son créancier. Voulant éviter les issues assez peu heureuses de cette procédure, celui-là demandait un répit à son créancier, dans l'intervalle des 60 jours qui séparait l'emprisonnement de la mort ou de la vente comme esclave au delà du Tibre. Si le créancier consentait à le lui accorder, le débiteur lui promettait de s'exécuter à tel jour fixé d'un commun accord. Selon M. Valéry, ce pacte aurait reçu sa sanction du droit civil. « *A l'égal des compositions relatives aux délits privés et pour les mêmes motifs* que celles-ci, ce pacte était obligatoire, bien qu'il n'eût revêtu aucune forme solennelle (5)... C'est donc parce qu'il ressemble aux pactes destinés à arrêter la ven-

(4) *Conjectures sur l'origine et les transformations du pacte de constitut.* (Revue générale du Droit, 1891, 1892, 1893.)

(5) *Revue générale*, 1893, p. 60, *in fine*.

geance privée, que le constitut aurait pu être sanctionné par l'ancien *jus civile*. Nous répondons d'abord, qu'à supposer que le constitut ait la même nature intrinsèque que la composition, la *manus injectio* ne saurait être comparée à la vengeance privée. Sans doute, c'était un moyen barbare et assez peu efficace, du reste, que celui qui consistait à enfermer son débiteur insolvable pendant 60 jours, avec la perspective pour ce dernier, s'il ne se libérait pas dans l'intervalle, de se voir mis à mort ou vendu comme esclave. Mais c'était une procédure rigide, où il y avait des formes : la prononciation de paroles solennelles accompagnant l'appréhension du débiteur, le délai de 60 jours, pendant lequel il pouvait se libérer ou ses amis pouvaient s'engager à sa place, en payant sa dette, enfin l'exécution proprement dite sur le corps du débiteur, qui n'était qu'une partie de la *manus injectio*, toutes ces phases prouvent que, malgré le caractère rigoureux de cette voie d'exécution, il y avait un certain processus que le créancier était tenu d'observer, ce qui accuse la différence profonde entre la *manus injectio* et la vengeance privée, qui n'était en réalité que le déploiement de la force brutale et qui, par ce fait, existait bien avant qu'aucune législation l'ait sanctionnée ; elle était même la caractéristique de l'absence de toute législation et de toute justice. Sans doute, alors que la cité romaine eut acquis une organisation stable, le législateur imposa, dans certains cas, la paix aux vic-

times et aux coupables, moyennant le paiement par ces derniers d'une somme d'argent destinée à racheter leur crime et à apaiser la vengeance de leur victime. A cet égard, la composition est destinée à éviter les luttes intestines. Mais la vengeance privée resta encore la règle dans certains cas : témoin, la répression de certaines injures au moyen du système du talion (6). D'autre part, la composition légale et le constitut peuvent-ils être rapprochés pour les rendre obligatoires l'un et l'autre au même titre ? La composition légale était une amende infligée par l'autorité ; le constitut intervenait librement de la part d'un débiteur ; seule la sanction était donnée par le prêteur. Mais avant d'être légale, cette composition était facultative ; elle a été le principe dont s'est servie habilement la loi pour l'étendre à un certain nombre de délits privés. Or, dans cette composition, il y a un pacte fait entre un débiteur, le coupable, et un créancier, la victime, par lequel le premier s'oblige à verser une certaine somme d'argent au second, pour éviter les représailles que la victime serait en juste droit de vouloir exercer. Ce pacte est obligatoire, à cause de l'intérêt qu'il y a à ne pas laisser les querelles se multiplier. Le *jus civile* le sanctionne. Le pacte de constitut, pourrait-on dire, s'en rapproche ; comme la composition, il arrête l'exercice du

(6) Loi des XII Tables ; table VIII, 2 : « *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.* »

droit en justice, l'exercice de la *manus injectio* ; il devait donc être obligatoire comme elle, *jure civili*. Or cette analogie n'existe pas du tout. Si la guerre privée devait être évitée, la procédure légale de la *manus injectio* ne pouvait être traitée de la même sorte ; le législateur n'aurait eu qu'à l'interdire tout à fait, et nous voyons dans l'existence de la loi Pætilia Papiria de l'an 428 de l'ère romaine, qui enlève la force exécutoire au *nexum* et aux créanciers le droit de tuer ou de vendre leurs débiteurs, la preuve que des engagements relatifs à la suppression de la *manus injectio* ne devaient être guère usitée, et qu'en tout cas ce n'était pas au *jus civile* à supprimer d'une manière détournée ce qu'il avait lui-même établi à titre de procédure légale. Rien n'exigeait donc qu'une sanction fût apportée à ces engagements, et enfin il n'est pas à croire que les créanciers de cette époque aient eu la pensée de s'entendre avec leurs débiteurs, à l'effet d'enrayer un droit qui leur était reconnu, qui pouvait leur être utile et qui pouvait se transformer en un droit abusif de disposition, dont ils pourraient menacer ceux qui auraient l'idée de devenir leurs débiteurs, sans leur offrir d'assez grandes garanties de solvabilité.

Au point de vue des effets, le constitut et l'accord survenant après un délit privé sont différents. Ce dernier a pour but, avant tout, de faire une remise de dette ; notre pacte de constitut a, au contraire, pour but de faire naître une obligation, avant tout. C'est non un

pacte « *de non petendô* », mais un *pacte* « *ad obligandum*, suivant le langage des interprètes. Maintenant on pourrait dire que l'accord destiné à mettre fin à la vengeance privée et qui s'appelait *pacte*, de *pacisci* « faire la paix » est un *pacte* aussi, lorsqu'il a pour but de faire naître l'obligation naissant du *constitut*. Mais cela ne prouve rien en faveur de la théorie ci-dessus rappelée. Le mot « *pacte* », qui prit naissance dans la théorie des délits, passa dans celle des obligations conventionnelles, et le *pacte* fut toute sorte d'arrangement en vue de faire naître une obligation à la charge d'une personne et au profit d'une autre. Dès lors, le *pacte* de *constitut*, tel qu'il nous est connu, n'a aucun rapport avec la vengeance privée et, à ce titre, ne saurait comporter l'exécution, en vertu du *jus civile*, comme le *pacte* de remise de dette en matière délictuelle. On ne peut donc admettre la thèse suivant laquelle le *pacte* de *constitut* proviendrait d'un accord entre le créancier et le débiteur sur le point d'être soumis à la *manus injectio*, et aurait été, à cause de cela, sanctionné par le droit civil.

La deuxième théorie, que nous annonçons plus haut, prétend que le *constitut* aurait été la copie d'une institution grecque, l'*hémionion* (7). Nous verrons ci-dessous, quand nous parlerons du *constitut* à l'époque classique, que le créancier qui n'était pas payé pou-

(7) G. PLATON, *loco cit.*, p. 159.

vait, devant le magistrat, réclamer la prestation d'une *sponsio*, *sponsio dimidiæ partis*, par laquelle le constituant s'engageait à lui payer la moitié de la somme en sus, s'il était démontré qu'il était son débiteur, par constitut. Or, suivant cette doctrine, les débiteurs, dans les pays de civilisation hellénique, s'engageaient à payer la moitié en plus (d'où le nom d'hémiolion) de la dette pour le cas où ils ne paieraient pas à l'échéance. A l'appui de son argumentation, l'auteur dont nous exposons la doctrine dit que le constitut est déjà en vigueur vers le VI^e siècle de l'ère romaine, c'est-à-dire à une époque où la civilisation hellénique commence à se faire sentir dans le monde romain. Ainsi le constitut serait un acte du *jus gentium*, comme les grands contrats synallagmatiques que nous connaissons. Sans doute, le développement postérieur que le pacte de constitut a reçu et le grand rôle qu'il a joué dans le monde commercial d'alors sont incontestables, et sous cet aspect, il aurait bien l'air d'être un acte juridique du *jus gentium*. Mais si l'on songe que le constitut était un contrat unilatéral, plutôt d'interprétation rigoureuse, et surtout si l'on s'arrête à la procédure qui a tous les caractères de la procédure romaine, on ne peut voir dans le constitut qu'un acte qui a pris naissance dans le droit romain pur, et qui, à ce titre, doit être regardé comme original. Considérant surtout le fait qui donnait naissance au paiement de la moitié en plus de la somme due, c'était, pour l'hémiolion grec,

le pacte lui-même, tandis qu'en droit romain, c'était seulement au moment où le procès était en cours que la prestation de la « sponsio dimidiæ partis » avait lieu. Enfin l'hémiolion intervenait à propos de toutes les conventions (8), tandis que le constitut était le seul pacte du droit romain dans lequel le demandeur ou le défendeur s'obligeait éventuellement à verser la moitié en plus du capital. Comme le dit M. Mitteis, dans son ouvrage consacré au *Reischrecht* et au *Volksrecht*, au chapitre intitulé : « l'Hémiolion », « ce chiffre d'une fois et demie ne joue, à Rome, aucun rôle à l'époque classique. Ce n'est qu'une seule fois dans la « sponsio dimidiæ partis », qui fait partie intégrante de la procédure sur la *pecunia constituta*, qu'on voit paraître éventuellement, à titre de peine, une addition de 50 p. 0/0 en plus à la dette du défendeur qui nie. Mais il ne faudrait pas, dit-il, sérieusement penser à voir là l'effet d'une influence étrangère » (9). Pourquoi, si l'institution hellénique avait fait sentir son influence sur les obligations, en droit romain, n'aurait-elle pas été obligatoirement étendue à toutes les conventions ? Quant à la forme de l'institution grecque, un acte écrit était dressé pour constater, et surtout pour donner une valeur à la nouvelle convention (10) ; cet écrit jouait un peu le rôle du contrat littéral, bien que très différent par les

(8) PLATON, *loco cit.*, p. 169.

(9) *Reichsrecht und Volksrecht : Das Hemiolion*, p. 513.

(10) PLATON, *op. cit.*

mentions qui y figuraient. Or, dans le *constitut*, contrat essentiellement simple, le formalisme ne joue aucun rôle.

« *Constituere autem et presentes et absentes possumus, sicut pacisci et per nuntium et per nosmetipsos et quibuscumque verbis* » (11).

Si celui qui s'était engagé dans la forme de l'hémion ne s'exécutait pas à l'échéance, le créancier pouvait aussitôt exercer contre lui les voies d'exécution sans s'adresser à la justice. Or nous ne voyons jamais le créancier du *constituant* prendre une telle mesure ; il est certain que le créancier devait intenter une action contre le débiteur, à la suite de laquelle ce dernier était condamné, « *judicatus* », s'il parvenait à prouver plusieurs faits. « *L' actio de pecunia constituta* » est liée au pacte.

Maintenant, M. Platon, pour appuyer sa thèse, nous présente le *constitut* comme déjà en vigueur au *vi^e* siècle de l'ère romaine ; il en trouve la trace dans les comédies de Plaute et de Térence. Nous aurons plus loin à revenir sur cette question, lorsque nous nous demanderons à quelle époque le *constitut* a été sanctionné. Pour le moment, nous estimons que cette existence du pacte à une époque si reculée est assez problématique, et qu'alors l'influence hellénique, si vrai-

(11) Loi 14. Digeste, livre 13, titre V. ULPIN, livre 27, *ad edictum*.

ment elle a eu lieu, n'a pas dû se produire à ce moment.

Du reste, l'auteur, ou plutôt celui qui l'a reproduite, n'hésite pas à déclarer, comme nous l'avons dit au début, qu'une analyse approfondie du constitut, nous fixant d'une manière définitive sur sa nature, devrait nous permettre de décider tout à fait la question (12). Or, comment vouloir trouver des rapports entre deux institutions, alors que les éléments de la comparaison font presque défaut dans l'un des objets qu'il s'agit de comparer ?

(12) PLATON. *Op. et loc. cit.*, p. 160.

CHAPITRE II

LE CONSTITUT, PACTE PRÉTORIEN.

Nous estimons que le constitut a toujours été un pacte prétorien. Pour cela, nous nous fonderons sur deux catégories d'arguments différents : arguments de texte, et arguments purement rationnels.

1° D'abord, au siège de la matière, au Digeste, dans le fragment 1^{er}, principium, tiré du commentaire sur l'édit d'Ulpien, livre 27 (livre 13, titre V, « de Pecunia constituta »), nous lisons ceci :

« Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, »

Tous les mots sont à retenir. Tous supposent que l'objet de ce titre va être une institution introduite par le préteur dans l'album, pour satisfaire un principe de justice naturelle. C'était bien là, du reste, le rôle exclusif du préteur : il n'y a pas manqué en notre matière.

2° Ci-dessous, au § 1^{er}, nous avons le début de l'édit par lequel le préteur faisait respecter les conventions de cette nature :

« Qui pecuniam debitam constituit », précédés des mots significatifs : « ait prætor ».

3° Dans le fragment 16, § 2, nous avons le texte de la formule proposée par le préteur, précédé toujours

des mots : « ait prætor ». Ce texte capital, le seul dont on puisse se servir pour reconstituer la formule, est ainsi conçu :

« Si appareat eum qui constituit neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit quominus fieret quod constitutum est. »

Nous avons là, sans aucun doute, l'*intentio* de la formule de l'*action pecuniæ constitutæ*. A la fin de la loi 16, le jurisconsulte commente les mots : « neque per actorem stetit », et les *verba prætoris* : « neque fecisse reum quod constituit ».

4° Dans la loi 17(Paul commente encore les mots : « neque fecisset ».

Dans la loi 18, Ulpien tente de trancher la controverse soulevée par les *verba prætoris* : « neque per actorem stetisse ». Au § 1^{er}, il s'occupe de la partie de la formule : « eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse ».

5° Dans la loi 3, § 1^{er}, Ulpien se demande si ce qui est dû en vertu du droit civil, mais non en vertu du droit prétorien, peut faire l'objet d'un constitut : et il répond, après Pomponius, que ce qui n'est pas dû en vertu des deux droits ne peut faire l'objet d'un constitut. On s'explique très bien que le préteur, dans une institution qui était due à sa propre initiative, exigeât, pour que le pacte fût obligatoire, que la dette principale qui lui servait de base fût loyale, c'est-à-dire qu'elle ne fût pas entachée d'un vice capable d'engen-

drer une exception au profit du défendeur. Le rapport entre l'existence d'une exception et l'impossibilité de faire le constitut est assez probant pour l'existence de l'activité prétorienne en cette matière.

6° Aux Institutes de Justinien, nous avons une série de textes démontrant avec la plus grande clarté que le constitut est un pacte prétorien. Ces textes se trouvent au livre 4, titre 6 : « de Actionibus ». Le premier est le § 8, qui affirme le plus nettement possible que le prêteur a proposé, en vertu de sa juridiction, des actions personnelles, par exemple, l'action *de pecunia constituta* ; puis le texte mentionne, à la fin, l'*actio de peculio*, pour laquelle il ne peut y avoir le moindre doute. Au § 9, le texte indique la règle que le simple consentement dénué de formes suffit pour faire un constitut, sans qu'il soit besoin de recourir à la stipulation. Et il termine en disant que si une stipulation avait eu lieu, les cocontractants seraient tenus en vertu du droit civil. Il en résulte, à l'excès, que celui qui s'engage en vertu d'un constitut ne s'oblige pas *jure civili* ; il est clair qu'en se reportant à tout le passage cité plus haut, il s'oblige *jure prætorio*.

Le constitut est donc, d'après la substance de tous ces textes, un pacte prétorien. On peut le démontrer en se basant uniquement sur des arguments rationnels. C'est dans cette démonstration que nous allons essayer de découvrir la véritable origine du pacte de constitut et de l'action *pecuniæ constitutæ*. Comme

nous l'avons vu précédemment (13), le constitut est l'engagement de solder une dette préexistante, à tel jour fixé par le commun accord des parties. Or il y a, dans la notion de constitut, toujours l'idée de dette antérieure qu'il s'agit de liquider. Cette dette peut avoir pour cause les contrats les plus divers. Mais, dans les premiers temps où le pacte de constitut a commencé à entrer dans la pratique, il est à croire qu'il ne s'appliquait qu'à certaines dettes déterminées: ainsi, aux dettes naissant de la *stipulation*, de l'*expensilatio*, du *mutuum*, en un mot, à toutes les créances de sommes d'argent, dans lesquelles il s'agissait de « dare aliquid », et où une seule partie était obligée.

Le créancier, qui avait stipulé du futur débiteur, qui avait inscrit sur son codex sa créance par la mention d'un prêt fictif consenti à son futur débiteur, qui avait remis les espèces à l'emprunteur, avait, dès le jour où la créance était devenue exigible, une action pour se faire désintéresser: c'était l'*actio certæ creditæ pecuniæ*, ou encore, la *condictio certæ pecuniæ* (14), si on la désigne du nom de la procédure selon laquelle elle était intentée. Cette action remontait au temps des *legis actiones*. De l'avis de tous les auteurs (15), elle fut

(13) JOBBÉ-DUVAL, *Etudes*, I, p. 71-72.

(14) STINTZING prétend qu'il y avait là deux actions différentes, ce qui, croyons-nous, est impossible à prouver (*Beiträge*, 1901, p. 1-61).

(15) Voir GIRARD, *Manule.* — CUQ, *Inst. jur.*, I. — Cf. JOBBÉ-DUVAL, *Etudes*, I, p. 69.

créée par la loi Silia, de date incertaine (16), étant destinée à remplacer la procédure longue, incommode et onéreuse de la *legis actio per sacramentum*. C'était donc la plus récente des *legis actiones*. Elle avait son champ d'application étendu aux contrats ayant pour objet des choses autres que de l'argent ; une loi spéciale, la loi Calpurnia, l'avait créée spécialement pour ces matières : c'était la *condictio certæ rei* ou *triticaria*.

Ne nous occupons maintenant que de la *condictio certæ pecuniæ*, la *condictio triticaria* ayant soulevé certaines controverses. La « *legis actio per conductionem* », pour être la plus récente, n'en contenait pas moins des traces de son ancienneté, et la procédure du *sacramentum* ne s'était pas transformée à un tel point que le formalisme en eût disparu. Nous trouvons en effet, dans la procédure de la *condictio certæ pecuniæ*, la faculté pour le demandeur de déférer le serment au défendeur, *in jure*, avant toute recherche sur la vérité de ses allégations. Celui-ci, du reste, pouvait lui référer son serment. D'autre part, si les parties entamaient la lutte judiciaire, le demandeur avait le droit de se faire promettre, au moyen d'une *sponsio*, le tiers de la somme due pour le cas où le défendeur perdrait son procès. Inversement, le défendeur stipulait du demandeur le tiers de la somme que ce dernier lui réclamait, dans le cas où le juge déclarerait que sa demande est injusti-

(16) GIRARD, *Manuel*, p. 992, note 3. — CUQ. *Inst. jur.*, I, p. 213, note 1.

fiée. L'ensemble de ces deux promesses échangées par les adversaires portait les noms de *sponsio* et de *restipulatio tertix partis*.

Le défendeur, qui était poursuivi comme tenu de payer au créancier prétendu une certaine somme d'argent, pouvait obtenir de lui un délai. Il promettait, en revanche, de s'exécuter à tel jour fixé d'un commun accord, sans que ce dernier eût l'obligation de recourir à la justice pour obtenir satisfaction. C'était une sorte de transaction passée entre un créancier et son débiteur. Mais il pouvait arriver qu'au jour déterminé, le débiteur, de mauvaise foi, laissât passer le terme sans désintéresser son créancier qui lui avait fait crédit. Contre sa volonté, il devait le poursuivre en justice, au mépris des conventions conclues. Mais le débiteur de mauvaise foi pouvait invoquer le principe que le pacte nu ne l'avait aucunement lié, et que, s'il devait quelque chose réellement au créancier qui prétendait l'être, ce dernier devait le prouver en intentant l'action *certæ creditæ pecuniæ*. De cette façon, le débiteur pouvait encore nier une dette pour laquelle son créancier lui avait accordé une suspension des mesures d'exécution, et que, par ce fait même, il avait avouée. A la rigueur, le créancier aurait pu intenter la *condictio* ; mais aurait-il été sûr de démontrer la vérité de ses affirmations ? En tout cas, même si le juge le déclarait créancier en condamnant le défendeur, le demandeur n'obtenait jamais que ce qu'il aurait reçu en intentant,

selon son désir, l'action *certæ creditæ pecuniæ*, sans écouter la prière du débiteur. Le demandeur, en intentant cette action, subissait donc un véritable dommage. Pourtant, le droit civil n'accordait au créancier que l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Or les actions de droit strict, dans lesquelles une chose certaine était demandée, ne comportaient pas la demande d'intérêts ; le juge n'avait pas le pouvoir, en ces matières, d'apprécier le dommage subi par le demandeur pour condamner le défendeur à lui verser, en plus de la somme réclamée, une somme représentant les intérêts courus depuis la concession du terme accordé au débiteur de mauvaise foi.

Ce que le droit civil ne permettait pas de faire, le préteur, dans son rôle, essaya d'y aboutir d'une façon indirecte. Une personne avait promis sans aucune solennité de s'exécuter à telle date, *ex nudo pacto actionem non oriri*. Mais, en l'espèce, le pacte avait une importance telle, qu'on ne saurait la rencontrer chez d'autres. Il se greffait sur une convention sanctionnée par une action, parce qu'elle était un contrat ; si ce pacte s'était fait à la suite d'un contrat de bonne foi, alors nul doute que le juge de l'action principale, devant tenir compte de tout ce que l'équité exige du défendeur, n'ait fait porter la condamnation aussi sur l'objet du pacte adjoint. Mais, en notre matière, c'était à un contrat de droit strict que l'accord venait s'ajouter et cela *ex intervallo* : il n'avait donc aucune efficacité

juridique (17). Pourtant, les circonstances paraissaient favorables au demandeur ; il avait suivi la foi du débiteur, qui avait avoué sa dette ; celui-ci n'avait pas répondu à la confiance qu'on attendait de lui. Bien mieux, il niait qu'il eût été jamais débiteur de celui envers qui il avait contracté un second engagement, preuve qu'il savait bien être lié par une ancienne dette. Il y avait, de sa part, un manque de foi des plus graves. Le préteur voulut y remédier et le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 1^{re} du titre 5, livre 13, principium, nous avertit que le préteur, en sanctionnant ce pacte, a voulu faire respecter la justice : « hoc edicto, prætor favet naturali æquitati », parce qu'il est grave de tromper la confiance, « quoniam grave est fidem fallere ».

De plus, il n'y avait pas que l'intérêt du seul créancier qui était en jeu, le crédit public aussi exigeait la réparation du dol du débiteur. On sait, en effet, le rôle important que jouaient à Rome le droit des obligations et particulièrement les droits de créance relatifs à une somme d'argent (18). Il y avait quelque rapport entre la puissance politique et la fortune des citoyens, du moins pendant un temps assez long (19). On s'explique, dans ces circonstances, l'intérêt de l'Etat lorsque des débi-

(17) GIRARD. *Manuel de droit romain*, p. 597 et suiv.

(18) AULU-GELLE, 20, 1, 41.

(19) L'organisation des centuries par Servius Tullius et les charges publiques seules réservées aux patriciens dans l'ancien droit en sont une preuve.

teurs de mauvaise foi ne satisfaisaient pas leurs créanciers. D'un autre côté, la condition de ces débiteurs était de beaucoup moins rigoureuse. Les procédures d'exécution forcée, reposant sur la possession légale du débiteur par le créancier, avec faculté pour ce dernier de le mettre à mort ou de le réduire en esclavage s'il ne se libérait pas, la procédure du *sacramentum*, qui, à un moment plus avancé du droit, pouvait être la source d'une perte considérable si le défendeur perdait son procès, étaient plus ou moins tombées en désuétude, la *manus injectio* devant être précédée d'une sentence de condamnation du juge, la *legis actio per sacramentum*, étant à peu près délaissée, même avant le vote de la loi *Æbutia*, pour faire place à la *condictio*, plus moderne et moins longue, autant que moins onéreuse. Quand, en plus de ces avantages, le créancier consentait à donner un atermolement à son débiteur, et que celui-ci en profitait pour nier une dette qu'il avait reconnue quelque temps auparavant, on comprenait qu'il fallait une sanction à cet acte, et ce fut le préteur gardien du droit civil, mais aussi de l'équité, qui donna cette sanction. Il accorda au créancier lésé une action spéciale, l'action *pecuniæ constitutæ*, dans l'intérêt du crédit. Telle est vraisemblablement, en raison, l'origine du pacte de constitut et de sa sanction. C'est un pacte prétorien.

CHAPITRE III

LE CONSTITUT ET LE RECEPTUM.

En concédant l'action *pecuniæ constitutæ*, le prêteur a-t-il innové de tous points, ou bien, se servant d'un procédé qui lui était coutumier, n'a-t-il pas puisé dans une autre action existante les sources de la sanction du constitut? De même qu'en matière réelle, le préteur imagina de se copier lui-même en développant l'étendue d'application de l'action Servienne, par la création de l'action quasi-Servienne ou hypothécaire, n'aurait-il pas, en matière personnelle, donné l'action *pecuniæ constitutæ* en se basant sur l'action *receptitia*, servant de sanction au pacte de receptum? En effet, on a voulu faire dériver le constitut de ce pacte prétorien (20). C'était la promesse faite par un banquier de payer à un tiers, pour le compte de son client, une certaine somme d'argent ou de lui transférer la propriété d'un corps certain. Du reste, la dette pouvait exister ou non entre le tiers et le client du banquier (21). Dans ce cas, ce dernier consentait une ouverture de

(20) La question de savoir si le receptum est un pacte pré-torien ou une action d'argent est une question de droit.

(21) *Code de Justinien*, livre 4, titre XVIII, c. 2, t. 1^{er}.

crédit, au sens commercial du mot. Le constitut servait bien, lui aussi, dans une de ses applications, à payer la dette d'autrui, c'était le « *constitutum debiti alieni* ». De cette analogie, certains auteurs ont conclu que le constitut dériverait du *receptum*. Sans doute, il existe une certaine analogie entre les deux institutions juridiques, témoin leur fusion faite par Justinien, qui a appliqué à l'une les règles de l'autre, et inversement, tout en conservant, du reste, le nom de l'action *pecuniæ constitutæ* à l'action sanctionnant ce nouvel assemblage. Ainsi, comme nous venons de le voir ci-dessus, le *receptum* pouvait, dans certains cas, ne pas s'appuyer sur une dette préexistante ; le constitut était toujours intervenu à l'occasion d'une dette antérieure. Pour certains auteurs, qui se basent sur une phrase du début de la constitution 2 du Code de Justinien, livre 4, titre 18 : de *Constitutata pecunia* : « *Receptitia actione cessante, quæ solemnibus verbis composita, inusitato recessit vestigio* », le *receptum* était un contrat formel ; le constitut était un acte des plus simples, où le formalisme n'avait aucune part. Sans aller jusqu'à soutenir cette thèse, M. Lenel (22) pense que le banquier répondant de la dette d'autrui pouvait inscrire sur ses registres une mention relative à cette obligation, mention où le mot « *recipio* », synonyme de « *promitto* », devait avoir sa place. Jamais le constitut, même réalisé « per

(22) *Edictum perpetuum*, § 50. — M. Partsch est de cet avis. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. XXIX.

epistolam », n'a été soumis à cette exigence d'un terme solennel. « *Et quibuscumque verbis* », est-il dit dans la loi 14, § 3.

Le *receptum argentariorum* ne pouvait avoir pour sujet qu'un banquier, tandis que le constitut pouvait avoir lieu entre toutes personnes. D'autre part, le receptum pouvait être conclu pour être exécuté à n'importe quel jour ; le délai n'était nullement impartie comme condition de validité ; le constitut supposait au contraire, par essence, le choix d'un jour pour l'exécution. Et enfin, dernière différence, — et qui suffit, à elle seule, à justifier la dissemblance des deux institutions, — le *receptum argentariorum* pouvait porter sur toute espèce de choses, soit genres, soit corps certains. Le constitut, même à l'époque classique, ne put jamais avoir pour objet que des choses fongibles. Toutes ces différences, surtout la dernière, excluent l'idée d'un rapport tellement étroit entre le constitut et le receptum que ce dernier ne saurait être, à beaucoup d'égards, le précurseur de l'autre. Puis, à un autre égard, étant données les différences qui séparent ces deux actes juridiques et les ressemblances qui les font coïncider, ne pourrait-on pas plutôt faire descendre le receptum du constitut ? Or ceci est impossible en présence des sources. Donc, en définitive, le constitut ne provient pas du *receptum argentariorum*.

CHAPITRE IV

LE CONSTITUT PRIMITIF.

Le prêteur ne se borna pas à donner une action à un pacte, quel qu'il fût. Il fallait que la mauvaise foi du débiteur fût manifeste. S'il s'était contenté de donner un consentement irréfléchi, sans préciser les conditions dans lesquelles il exécuterait son obligation, à l'effet de bien marquer qu'il était dans l'intention de remplir son créancier de son dû, alors il n'y avait qu'un simple pacte, qui ne pouvait avoir aucun rapport avec une volonté ferme de se libérer de la part du débiteur. C'est pourquoi, pour que le pacte fût obligatoire, *jure prætorio*, le magistrat fixa certaines règles qui devaient présider à sa formation, règles non arbitraires, qui étaient plutôt la consécration de la volonté des parties que des règles impératives nouvelles. En effet, il résulte des textes que le constitut devait, pour être efficace et donner lieu à l'action que le prêteur promettait, reposer sur une dette préexistante (23), puis contenir la fixation d'un jour pour le paiement. C'était, en effet, de cette convention que résultait la

(23) Loi 1^{re}, § 1^{er}, § 5, §§ 6, 7, 8 ; Loi 3, § 1^{er} ; Loi 11, pr. ; Loi 18, § 1^{er} ; Loi 24 ; Loi 26 ; Loi 31.

volonté ferme de s'obliger chez le débiteur. Cet élément du constitut était si essentiel, que le pacte même a tiré son nom de cette considération. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, le mot « constitutum », de « constituere », a son étymologie dans *cum statuere* (24), qui signifie, dans la langue des jurisconsultes et des auteurs littéraires aussi : « fixer, résoudre, décider d'un commun accord ». Dans l'édit, la mention de la nécessité d'un *dies* n'est pas donnée comme obligatoire. Mais il ressort des textes que le constitut devait contenir un certain terme, puisqu'il était par excellence un pacte de concession, de délai, et que c'était à ce titre que le prêteur l'avait sanctionné. Si le prêteur ne l'a pas inséré dans l'édit, c'est qu'il a pensé que c'était inutile, car qui dit constitut, au sens du pacte prétorien, dit nécessairement : promesse de faire quelque chose à une époque déterminée.

On pourrait objecter, il est vrai, qu'un texte de Paul semble dire le contraire. C'est la loi 21, § 1^{er}, Digeste, h. t., ainsi conçue :

« Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant » (25).

Il semble bien résulter de ce texte que celui qui a fait un constitut, sans mentionner de jour, soit obligé quand même, puisque Paul ajoute : « bien que les mots

(24) Voir p. 9.

(25) PAUL. livre 29, *ad Edictum*.

de l'édit soient conçus d'une façon large », c'est-à-dire que le constitut sera valable même s'il n'y a pas de jour déterminé. Nous répondons que la question même que se pose le juriscônulte est significative, et qu'il répondait que celui qui s'était engagé sans terme ne peut pas être tenu ; quant à la raison qu'il en donne, elle paraît assez peu sérieuse, car le fait que le débiteur aurait été soumis à l'exercice de l'action immédiatement ne constitue pas un motif assez sérieux pour annuler la convention. Quant aux mots : « licet verba edicti late pateant », ils ne jouent aucun rôle en faveur de l'opinion de Paul, car le préteur n'avait pas besoin de placer dans son édit la condition du terme, puisque la convention elle-même supposait l'existence de cette modalité, à un tel point qu'on pourrait dire que le terme n'était plus un accessoire du pacte, mais qu'il en devenait un élément inhérent. Du reste, ce texte est suspect d'interpolation, du moins la fin, ainsi conçue :

« ... sed modicum tempus statuendum est, ut exactio celebretur. »

A supposer qu'il soit de l'époque classique, ce que nous examinerons dans notre II^e Partie, je crois qu'il faut affirmer que, dans son origine, la notion de terme était obligatoire dans le constitut, pour la raison que nous avons déterminée plus haut (26).

(26) Les textes des *Basiliques* et de la paraphrase de Théophile, précités, confirment cette assertion.

Le constitut était-il toujours fait entre le débiteur et le créancier ? Un tiers n'aurait-il pas pu, par exemple, s'engager à la place du débiteur ? Cette intervention d'une personne étrangère à la dette est assez peu vraisemblable, à l'époque où nous envisageons le constitut, c'est-à-dire à ses débuts. La substitution d'un débiteur nouveau ou l'adjonction d'un débiteur nouveau se lie intimement à la question de l'*expromissio* et de la *garantie personnelle*, autrement dit, le cautionnement. Or il est bien difficile que le pacte de constitut ait pu, dès son apparition, jouer le rôle de la stipulation en matière d'*expromissio* et de cautionnement. Le constitut avait un rôle trop bien déterminé, trop restreint, pour avoir eu, dès cette époque, le pouvoir de supplanter les contrats de droit civil; plus anciens et ayant un champ d'application plus étendu. D'autre part, l'action *pecuniæ constitutæ* était annale dans certains cas, ce qu'on ne connaît, à la vérité, que par la constitution de Justinien. Aussi des auteurs ont conclu qu'elle était pénale, dans ces mêmes cas. C'est une question que nous examinerons plus loin. Pour le moment, nous croyons qu'il ne faut pas trop s'attacher à cette question de l'annalité de l'action, quand il s'agissait du *constitutum debiti proprii*. En tout cas, s'il était démontré que l'action sanctionnant le *constitutum debiti proprii* était annale, et celle sanctionnant le *constitutum debiti alieni* était perpétuelle, nous pourrions, tout au

moins, conclure avec Karlowa (27), que ces deux variétés de constitut n'ont pas coexisté à la même époque et que le constitut *debiti proprii* a seul existé à l'origine.

Pour prouver le contraire, M. Platon dit que l'hémionion, duquel il rapproche constamment le constitut, semble bien avoir été en vigueur, qu'il se soit agi de promettre le paiement d'une dette propre ou de répondre pour une dette étrangère. Or, nous avons déjà dit la raison qui nous poussait à affirmer qu'il n'y avait aucun rapport de succession entre l'hémionion grec et le constitut romain. Puis, quand bien même il y aurait égalité de prescription pour les deux actions, en faudrait-il conclure que les deux catégories de constitut ont existé dès leur apparition ?

Quant aux auteurs qui voient l'origine du pacte dans la convention conclue entre le créancier et le débiteur soumis à la *manus injectio*, ils peuvent prétendre que les deux variétés de constitut ont coexisté, puisque dans la période de 60 jours qui étaient donnés au débiteur pour se libérer, ses parents ou ses amis pouvaient prendre sa dette à leur charge. On conçoit, dans cette théorie, la formation du *constitutum debiti proprii* à la même époque que le *constitutum debiti alieni*. Mais nous avons précédemment indiqué les motifs qui nous faisaient repousser cette thèse.

(27) *Römische Rechtsgeschichte*, tome II, p. 1379 : « L'édit ne s'occupa d'abord que du *constitutum debiti proprii*, seul connu au moment de sa rédaction. »

CHAPITRE V

A QUELLE ÉPOQUE REMONTE LE PACTE ?

Une question assez délicate à trancher, étant donné le peu de renseignements qui nous sont fournis à son occasion, est de savoir à quelle époque le constitut a été sanctionné. Parmi les deux principes, les théories qui ont cours à ce sujet, l'une le fait remonter à l'époque où Plaute et Térence écrivaient, l'autre au temps de Cicéron.

D'abord, l'une d'elles affirme que le constitut existait déjà au temps de Térence et même de Plaute (28). Or cette affirmation peut avoir deux significations. Ou bien le pacte existait, et il n'avait pas de sanction : autrement dit, il n'avait pas d'existence juridique ; — ou bien il était déjà sanctionné par le préteur. Il semble qu'on doive s'attacher plutôt à la deuxième signification. Le pacte aurait donc été sanctionné déjà vers le ^{vi}^e siècle de l'ère romaine. Cette déduction vient de ce que, dans deux comédies de Térence, dans l'« Heautontimoroumenos » et dans le « Phormio », on trouve, paraît-il, des allusions à de véritables constituts. Or,

(28) PSEUDOLUS : « *Rus ut irem jam heri constitueram* », vers 563, 1, 5.

dans la première comédie citée, nous trouvons, en effet, au vers 726, ces mots :

« ... venturam dixero et constituero. »

D'abord, recherchons si les mots précités sont employés par les jurisconsultes pour désigner le pacte de constitut, au sens juridique du mot. Bruns (29), dans son étude sur le constitut, relève les sens des expressions dans lesquelles se trouvent le mot « constituer », et à ce propos il cite les différentes constructions qui s'allient avec ce verbe, en disant quelles sont celles qui sont employées par les jurisconsultes et celles qui sont rencontrées chez les auteurs littéraires. Or l'auteur, après avoir passé en revue un grand nombre de textes d'auteurs les plus divers, conclut que l'expression ci-dessus mentionnée se trouve, à la fois, chez les juristes et chez les non juristes. Or il serait possible que l'expression eût un sens technique et précis pour désigner le constitut romain, d'où l'on conclurait qu'il était en vigueur déjà au *vi*^e siècle de l'ère romaine. Mais une objection se présente contre cette déduction. Il est certain que le pacte de constitut n'a pu, à son origine, avoir pour objet que des choses fongibles et même, pendant un certain temps, uniquement de la *pecunia*. Nous trouvons, au contraire, dans l'expression rapportée ci-dessus, comme objet du pacte, un *facere* « *venturam* ». Or, jamais, même dans le droit

(29) *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. I^{er}, p. 31, 36, 37.

de Justinien, le constitut n'a porté sur un *facere*, mais toujours sur un *dare*. Les quelques textes que l'on pourrait invoquer en sens contraire se rapportent à des faits étroitement liés à la dation d'une certaine somme d'argent ; ce sont des faits qui constituent la sûreté de la dette préexistante : ainsi, promettre de donner une tierce personne comme fidéjusseur au créancier. Du reste, l'expression de Térence se rapporte à un fait ordinaire : c'est l'emploi du mot « *constituere* » dans la langue littéraire.

De même, dans Eunuch : « ... is hodie venturum ad me constituit domum : expectabo dum veniat. » Il n'y a là aucune trace du pacte de constitut (30).

Pourtant, toujours vers la même époque, nous trouvons, également dans une comédie de Térence, dans le « *Phormio* », au vers 676, ce membre de phrase :

« *Nam illi mihi dotem jam constituerunt dare.* »

Comme dit Platon, ce vers ne peut se comprendre que d'un véritable constitut, ayant pour objet le paiement d'une dot (31). Il est, en effet, assez difficile d'y apercevoir autre chose, au premier abord. Nous sommes en présence d'un constitut, semble-t-il, ayant pour objet le *paiement d'une dot*. Il est à remarquer, en outre, que l'expression ci-dessus : « *constituerunt*

(30) Voir aussi HÉCUBE, 1, 2, vers 121.

(31) *Op. et loco cit.*, p. 158.

dare » est employée en termes juridiques et désigne le pacte de constitut. Il s'agit de payer une dot, c'est-à-dire, vraisemblablement, une certaine somme d'argent. La personne à qui cette dot a été promise intente une action à l'effet d'en obtenir le paiement. Le constituant s'engage à lui payer à tel jour fixé conventionnellement. Voilà bien, semble-t-il, notre pacte de constitut dans tous ses éléments. L'argument paraît décisif, et, si on s'en tenait là, force serait bien de reconnaître l'existence du pacte à l'époque de Térence. Mais nous avons dit précédemment que le principal élément du constitut consistait dans la *prise d'un jour pour le paiement*, que c'était même cette considération qui avait fait donner son nom au constitut, suivant certains auteurs. Or, dans notre passage, nous voyons bien le mot « *constituerunt* », mais non le jour auquel aura lieu l'exécution de l'engagement. Il est assez probable donc qu'il s'agit d'un constitut d'un tout autre genre, d'une simple promesse de payer une dot, sans doute, au moyen de la convention reconnue par le droit civil, nous voulons dire : la *dotis dictio*. Il y avait en l'espèce un accord, donc on pouvait parler de constitut, (le mot est, du reste, employé dans cette acception spéciale, alors que personne ne comprend plus la notion du pacte de constitut). En dehors de ces quelques textes que nous venons de commenter, nous ne trouvons aucune mention du constitut, à cette époque, qui puisse nous faire douter de la non-existence du constitut. Nous estimons, au con-

traire, avec la plupart des auteurs (32), que le *constitut* est pleinement en vigueur à l'époque de Cicéron, c'est-à-dire pendant la période qui s'étend entre le vote de la loi *Æbutia* et la promulgation des *leges Juliae*. C'est pendant cette époque que le pacte a pris une existence juridique distincte des autres, qu'il a été sanctionné par le préteur et que, sous l'influence des jurisconsultes, il a vu son champ d'application s'accroître peu à peu. Pour le prouver, nous prendrons quelques textes de Cicéron. D'abord, dans son plaidoyer pour Quinctius, nous trouvons ces mots : « Quasi nummos domi haberet, ita constituit Scapulis se daturum » (33).

Dans ce plaidoyer, l'orateur plaide pour P. Quinctius, frère de C. Quinctius, débiteur de Scapula. C. Quinctius étant mort, ainsi que Scapula, P. Quinctius, héritier de son frère, se trouve être débiteur héréditaire des héritiers de Scapula. Comme P. Quinctius n'était pas, sans doute, au courant des affaires de son frère et comme, d'autre part, l'associé de son frère, Névius, lui avait promis une somme d'argent pour règlement de comptes de la société, il s'engagea envers les héritiers de Scapula à leur payer leur dette. « Ita constituit Scapulis se daturum. » Il y a là un véritable *constitut*. D'abord, l'expression « *constituit se datu-*

(32) GIRARD, *Manuel*, p. 602, note 5. — CUG, *Ins. jur.*, t. II, p. 155, note 4.

(33) 5, 18, *Pro Quinctio*.

rum » est bien l'expression technique des jurisconsultes. Sans doute, pas plus que dans le « *Phormio* » de Térence, il n'est question de date pour l'exécution de l'obligation. Mais cela ne doit pas nous surprendre, car Cicéron rapporte indirectement le langage de Quinctius, et il veut attirer l'attention du juge surtout sur le fait même du constitut; on comprend donc qu'il n'ait pas rapporté textuellement les paroles de la convention, paroles qui n'étaient pas sacramentelles, du reste. Bien mieux, il s'agirait d'un constitut ayant déjà un champ d'application plus vaste que le pacte primitif. Il s'agit, en effet, plutôt ici d'une promesse de paiement, d'une sorte de règlement de comptes, pour éviter des difficultés.

Il semble bien que les autres allusions que l'on pourrait être tenté de découvrir dans d'autres ouvrages du même auteur ne doivent pas nous arrêter, car il ne s'agit plus là de l'expression technique, mais de l'expression employée par tous les auteurs littéraires, qui possède, du reste, les sens les plus variés. Depuis Cicéron, les mentions du pacte de constitut ne font que se développer de plus en plus. On arrive au temps de l'Empire, et alors nous voyons Labéon discuter sur le constitut, comme sur une institution déjà en vigueur depuis un certain temps, qu'il avait déjà eu l'occasion de voir fonctionner. Il se demande en effet, à son sujet, si celui qui est obligé à terme ne peut s'engager par constitut. Il prétend que c'est possible, et même il ajoute

que c'est surtout à cause des sommes d'argent qui sont dues à terme, que le constitut a de l'utilité et qu'il a été introduit (34). Il y a là, évidemment, de la part de Labéon une exagération, car si le constitut avait été créé spécialement pour les dettes à terme, comme il a l'air de le dire, on ne voit guère son utilité ; tandis que son importance est certaine, lorsqu'il s'applique aux dettes pures et simples (35). Tout ce qu'on peut conclure de là, c'est que la possibilité d'appliquer le constitut aux dettes à terme fut reconnue d'assez bonne heure, et, d'autre part, que la solution de Labéon doit faire penser qu'à son époque on discutait déjà sur les applications du constitut, donc qu'il était déjà sanctionné par l'édit depuis un certain temps. On ne se serait pas posé cette question à l'époque où le préteur se décida à l'insérer dans l'album, car le pacte avait une utilité toute particulière et personne ne pensait à en étendre l'application. C'était la pratique qui avait fait surgir la question tranchée par Labéon.

Nous concluons donc que le pacte de constitut est déjà sanctionné vers l'an 685 de l'ère romaine, année dans laquelle Cicéron prononça son plaidoyer en faveur de Quinctius, et que depuis cette date il n'a fait qu'accroître en applications juridiques, depuis surtout le

(34) *Digeste* : h. t. loi, 3, § 2.

(35) On ne s'explique plus, dans ces conditions, la sanction assez rigoureuse du préteur et le manquement de foi qu'il a voulu réprimer.

début de l'Empire jusqu'au moment où, pleinement organisé, les jurisconsultes classiques l'ont commenté, tel qu'il s'offrait à eux, dans l'Edit perpétuel. Il en résulte que le préteur urbain l'a sans doute sanctionné pour la première fois et qu'il lui a consacré une place dans son édit peu après le vote de la loi *Æbutia*, c'est-à-dire dans une période qui comprend la fin du ^{vi}^e siècle et le commencement du ^{vii}^e siècle de l'ère romaine (36). En effet, le pacte de constitut, tel qu'il a été organisé avec une sanction des plus efficaces, ne peut avoir été reconnu par le préteur urbain qu'à une époque où ce dernier avait déjà reçu de plus grandes attributions pour rendre la justice aux particuliers, nous voulons dire quand la loi *Æbutia* l'eut autorisé à se servir de la formule écrite, pour donner des ordres au juge.

Nous ajouterons même, sans spécifier la date exacte à laquelle le constitut a reçu une place dans l'édit, à titre de pacte prétorien, qu'il a dû être sanctionné d'assez bonne heure, peu après le vote de la loi *Æbutia*, car, dans son édit, le préteur avait déjà promis qu'il ferait respecter la foi due aux pactes qui n'auraient rien de contraire aux lois, aux sénatus-consultes, aux

(36) Voir sur ce point : GIRARD, *Manuel*, p. 998, note 3 N. R. H., 1897, p. 249-294. — CUQ, *Inst. jur.*, tome 1^{er}, p. 286, note, 5. — BERTOLINI, *App. did. di dir. rom.*, I; *Processo civile*, p. 212, n° 111, 7, p. 213, note 1 (auteurs cités).

constitutions impériales, et qui ne seraient pas entachés de dol, au moyen d'une exception ; il est donc possible que l'action *pecuniæ constitutæ* étant impérieusement imposée par les circonstances, le magistrat l'inséra dans l'album aussitôt que ses pouvoirs furent accrus.

DEUXIÈME PARTIE

L'action « *pecuniæ constitutæ* » à l'époque classique.

Depuis le jour où le pacte de constitut devint obligatoire, *jure prætorio*, son utilité s'augmenta dans des proportions peu communes. Jusque-là, il n'avait été qu'une convention de paiement, une prorogation de délai accordée au débiteur par le créancier, avec promesse pour le premier de s'exécuter ponctuellement au jour dit. C'est proprement et uniquement cette convention que le préteur a élevée, pour les motifs les plus sérieux, au rang de contrat (37).

Mais on était déjà au début du vi^e siècle de l'ère romaine, et dans ce siècle les conquêtes des Romains allaient se multiplier et l'« *orbis romanus* » s'étendait par ce fait aux peuples les plus divers. Des relations commerciales allaient s'établir : des peuples plus accoutumés aux transactions allaient devenir les sujets ou les

(37) Nous entendons le mot « contrat » au sens actuel, c'est-à-dire en tant qu'acte juridique pouvant engendrer des obligations.

alliés des Romains et leur communiquer le désir d'accroître leur fortune en s'adonnant au commerce. Les transactions se développèrent ; pour trancher les difficultés pouvant naître entre négociants, le vieux droit quiritaire était trop rigide et trop formaliste. L'apport juridique de certaines nations forma le *jus gentium*, et les grands contrats consensuels acquirent une importance des plus considérables. Bien mieux, certaines institutions destinées à procurer le crédit, à garantir les droits de créance contre l'insolvabilité des débiteurs, vont être empruntées aux droits des pérégrins, surtout au droit de la Grèce, transformées quelque peu par la transplantation sur le sol romain. C'est ce droit hellénique, en particulier, — qui régissait non seulement la Grèce circonscrite dans ses limites politiques, mais aussi tous les peuples parlant la langue grecque, et notamment un grand pays, l'Égypte, — que certains auteurs prétendent être le droit d'origine de notre constitut. Nous avons déjà tranché la question de savoir si le constitut devait avoir pour antécédent l'hémiolion (38) : nous ajouterons ici qu'à cette même époque, c'est-à-dire à la fin de la République romaine, l'institution grecque n'a eu aucune répercussion sur le pacte romain. La preuve en est que, si le constitut et l'hémiolion intervenaient à peu près dans les mêmes circonstances,

(38) *Supra*, p. 18-22.

la procédure suivie n'était pas la même, bien que le résultat, à savoir : l'obligation pour le débiteur défaillant de payer 50 p. 0/0 en plus de sa dette principale, fut identique dans les deux législations. M. Platon invoque comme argument, en faveur de la similitude des deux institutions et de l'origine du constitut devant être recherchée dans l'hémionion, « que la pratique des papyrus gréco-égyptiens, les exemples nouveaux nombreux d'institutions gréco-égyptiennes ayant exercé, à n'en pas douter, leur influence, une influence décisive sur les institutions analogues romaines, auront rendu moins invraisemblable pour lui l'idée d'une influence gréco-égyptienne sur ce point particulier (39) ». Nous répondrons par ce seul argument, assez significatif pour nous dispenser d'en mentionner d'autres, que les papyrus gréco-égyptiens nous montrent une législation sinon tout à fait contemporaine de Justinien, du moins ne remontant qu'au III^e ou au IV^e siècle de l'ère chrétienne : que, par conséquent, s'il fallait admettre quelque influence de l'hémionion sur le constitut, ce ne serait que dans la période du Bas-Empire, où ce pacte a perdu peu à peu tous les caractères qu'il possédait à l'époque classique et qui faisait de lui une institution vraiment originale du droit romain. On pourrait peut-être se demander, en sens inverse, si ce ne serait pas le constitut avec toutes ses applications, telles que nous les allons

(39) PLATON, *op. cit.*, p. 160.

décrire bientôt, qui aurait eu sa répercussion dans le droit de l'hémionion.

Pour faciliter les rapports commerciaux, la jurisprudence avait fait naître les contrats consensuels. Mais l'esprit romain, même d'une certaine époque de civilisation, n'aimait pas innover. Il préférait s'emparer des institutions existantes et, au moyen de procédés ingénieux, les faire servir au but pratique que leur origine ne leur avait pas assigné. Il en fut ainsi de la « stipulation », le contrat formel des temps reculés; il en fut ainsi du « constitut », le pacte prétorien, sans formes, qui, à ce titre, devait être bien plus facilement maniable que la stipulation.

•

Cet emploi du constitut comme mode général de s'obliger commença vers les premiers temps du Principat, témoin le langage de Labéon, que nous avons déjà relevé, et se continua pendant toute sa durée, où il acquit, par suite des expédients inventés par la jurisprudence, par suite aussi des commentaires des grands jurisconsultes, une importance très considérable et un rôle juridique de premier ordre qui se trouve être à son apogée à l'époque classique.

C'est dans cette période de près de deux siècles et demi que nous allons envisager le constitut, et, dans deux chapitres, nous nous demanderons : 1° quelle a été la fonction juridique du constitut ; 2° quel rôle économique il a joué, en le comparant avec les grands contrats commerciaux de l'époque.

CHAPITRE PREMIER

FONCTION JURIDIQUE DU CONSTITUT.

Dans cette étude, nous allons suivre, autant qu'il sera possible, l'ordre chronologique suivant lequel les applications du pacte se sont fait jour. Cet ordre doit être aussi un ordre logique, car il est à penser que les personnes voulant se servir de cet instrument de négociation en ont tiré tout d'abord les moyens qui leur apparaissaient comme dérivant de la nature même du pacte.

Ainsi les Romains employèrent d'abord, très vraisemblablement, le constitut comme le procédé devant servir à une reconnaissance de dette. En effet, il était, dans son origine, une convention de paiement, la promesse de payer à date fixe une dette préexistante. De là à voir dans le constitut une reconnaissance de dette, il n'y a qu'un pas (40). Du moins, il était permis aux personnes engagées dans le lien d'obligation d'employer ce moyen commode et efficace de reconnaître une

(40) BRUNS prétend que le constitut n'emporte pas nécessairement reconnaissance de dette, et inversement la reconnaissance de dette n'emporte pas le constitut. (*Zeitschrift für R. G.*, p. 59.)

dette antérieure. On pourrait même prétendre que constitut et reconnaissance de dette sont synonymes. Ce ne serait pourtant pas exact, car la personne qui s'engage à payer une dette qu'elle croit avoir contractée jadis peut s'obliger par constitut à la payer, sous toute réserve (« si quid debitum sit »), ou bien encore une personne fait le constitut d'une dette, sans indiquer laquelle en est l'objet. L'effet principal du constitut, en ce cas, était de donner une action nouvelle au créancier, l'action « de pecunia constituta », bien plus efficace que l'ancienne action.

Lorsque deux personnes liées par des rapports d'obligation respectivement, se trouvant créancières et débitrices l'une de l'autre, voulaient liquider un compte, elles pouvaient, au moyen du constitut, faire que celle qui se trouvait en débet par rapport à l'autre s'obligeât à lui payer le solde. Le constitut employé comme moyen de liquidation, nous le rencontrons dans l'obligation contractée par P. Quinctius, héritier de son frère, C. Quinctius, vis-à-vis des enfants de Scapula (685 u. c.).

Toujours en utilisant le même procédé, les parties peuvent faire le constitut d'une dette à terme. Ici, nous commençons à rencontrer une extension au champ d'application primitif. En effet, le débiteur poursuivi s'entendait avec son créancier pour obtenir un délai et lui consentir, à l'échéance, un paiement ponctuel. Or, avec le temps, le débiteur et le créancier dont la créance

n'était pas encore exigible pouvaient proroger le terme du contrat, dans l'intérêt de l'un ou de l'autre, et même le débiteur pouvait s'engager à s'exécuter à un terme plus proche, ce qui était, comme on le voit, l'antithèse du pacte primitif. L'emploi du constitut en ces matières, pour modifier le terme, parut d'abord difficile. Nous avons, dans le fragment 3, § 2, un exemple des hésitations de la pratique, avant que cette opération pût être reconnue valable.

« Si is qui et jure civili et prætorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur, et Labeo ait teneri constitutum. »

Labéon pense que le constitut est valable, avec raison, mais il s'appuie sur un motif inexact, car il prétend que c'est précisément en vue des dettes à terme que le constitut a été introduit.

« Et adicit Labeo vel *propter has polissimum pecunias quæ nondum peti possunt constituta inducta.* »

Or il y a contre cette manière de voir des arguments très solides. D'abord il y a ce fait que, si les co-contractants avaient voulu tout simplement modifier le terme d'une obligation existante, ils auraient eu recours à la stipulation : on ne conçoit pas que, pour faire une simple transposition d'une modalité, on ait eu besoin de créer ce pacte qu'est le constitut ; puis nous avons des témoignages qui nous fixent avec le plus de précision possible sur les circonstances dans lesquelles intervenait le pacte de constitut ; ainsi la paraphrase des

Institutes de Justinien, par Théophile, qui nous donne un exemple de constitut. Ayant déjà cité ce texte, nous y renvoyons (41). Comme nous l'avons remarqué, il s'agit bien d'une action intentée, d'une dette exigible.

On pourrait dire que Justinien ou ses compilateurs vivaient à une époque si basse, qu'ils étaient très peu en fonction pour savoir quelle était l'origine exacte d'une institution qui remontait à près de six siècles dans le passé. Nous répondons que la plupart des textes des Institutes, comme l'a démontré M. Ferrini (42) tout récemment, sont empruntés aux grands jurisconsultes classiques, particulièrement aux Institutes de Gaius, dont l'ouvrage de l'empereur byzantin porte le nom et reproduit le plan et les divisions principales. Or Gaius vivait au II^e siècle de l'ère chrétienne, ce qui rapproche déjà la distance et qui permet de décider que le jurisconsulte de l'époque des Antonins était assez qualifié pour donner aux compilateurs de Justinien des renseignements précis et dignes d'attention.

De même, nous avons encore, dans les *Basiliques*, un argument contre la thèse de Labéon. Il ressort de ce texte (43) que le constitut ne s'appliquait qu'aux dettes exigibles : pour celles-là uniquement, on peut dire qu'il y a « in jus vocatio ». La même objection que

(41) Voir p. 11-12.

(42) *Rendiconti dell'ist. Lombardo*, 23, 1890, p. 131-180.

(43) Voir p. 12.

celle faite précédemment pouvait s'appliquer aussi à ce passage. Nous y répondrons de la même façon aussi. Les scholiastes des *Basiliques* avaient sans doute sous les yeux des ouvrages originaux qu'ils ont commentés, et souvent, à côté de leur commentaire, ils nous signalent le texte original. Enfin, comme dernier argument, nous dirons que Justinien lui-même, dans son code, au titre « de constituta pecunia », rapporte que, dans les temps anciens, on doutait du point de savoir si le constitut pouvait être valable en s'appliquant à une dette à terme « ... *et debitaretur si pro debito. . in diem constituto eam possibile est fieri.* » Or c'est justement ce qu'au 1^{er} siècle de l'ère chrétienne Labéon se demande, en affirmant qu'on peut, dans ce cas, faire un constitut, que même c'est dans ce cas qu'intervenait primitivement le constitut. C'est probable; car Justinien, dans la constitution 2 précitée (44), déclare que, désormais, on pourra constituer une dette à terme, « *et liceat pro debito puro vel in diem... constitui* ». Donc, si c'était seulement Justinien qui permettait de faire le constitut de dettes non encore exigibles, ou plutôt tranchait la question élevée à ce sujet, c'est donc qu'à l'origine le constitut ne pouvait avoir lieu en cette matière, ou, tout au moins, que son admission en de telles circonstances était fortement discutée, bien que ce fût loin d'être là son domaine primitif d'application.

(44) Code, livre 4, titre 18; c. 2, § 1^{er}.

En résumé, nous avons dans le fragment 3, § 2, une extension du constitut ; Ulpien, qui rapporte en cette matière l'opinion de Labéon, adoptée par Pédius, ajoute en terminant qu'il approuve pleinement cette décision : elle a de l'utilité, en effet, dit-il, cette opinion : selon laquelle quelqu'un, obligé à terme, promettant par constitut de payer à ce même terme est tenu. C'est qu'en effet le débiteur qui, tenu à terme, promet l'exécution ponctuelle de son obligation tel jour, fait en réalité autre chose que reconnaître sa dette et la répéter purement et simplement. Si, en apparence, il y a identité entre les deux engagements, en réalité il y a un élément distinct, élément qui caractérise le constitut. Dans la première obligation, le débiteur était tenu pour tel jour, c'est-à-dire qu'avant l'échéance le créancier ne pouvait le citer en justice pour réclamer l'exécution qu'après le jour arrivé : il peut intenter une action pour lui demander son paiement, comme s'il s'agissait d'une obligation pure et simple, sauf à obtenir les dommages-intérêts moratoires, si le retard est par trop considérable. Dans l'obligation naissant du constitut, au contraire, le débiteur promet pour tel jour, le paiement au créancier, qui accepte : une fois ce jour passé sans que le débiteur ait exécuté son obligation, le créancier peut exiger une compensation, un dédommagement, sans compter que la *sponsio* pouvant être prêtée, si le créancier y consent, fait courir au défendeur des risques assez grands pour le déterminer à s'exécuter au

jour fixé avant de se laisser citer en justice. C'est sans doute à cette utilité que fait allusion Ulpien, quand il nous rapporte l'opinion de Labéon sur cette question. Comme le dit M. Platon, « ces obligations à terme, « in diem », ces dettes non encore échues pour lesquelles surtout on a recours au constitut, ces obligations sans jour d'échéance déterminé (obligatus ex die), qu'on a tout intérêt à constituer pour en assurer le paiement, ne peuvent être que de grosses affaires. Des affaires de peu d'importance ne seraient pas capables d'exercer une semblable pression sur la jurisprudence. Il se peut très bien que ces mots de Labéon cachent les grandes affaires commerciales de l'époque » (45). Dès les débuts du Principat, puisque Labéon vivait sous le règne d'Auguste, le constitut avait déjà la puissance de rendre plus fermes les accords intervenant en matière commerciale. Il commençait à jouer le rôle de sûreté, qu'il gardera, du reste, jusqu'à la fin, tout en étant quelque peu modifié.

Dans le même ordre d'idées, le constitut pouvait intervenir pour rapprocher l'échéance d'une dette ; de cette façon, le constitut profitait surtout au créancier, puisque ce dernier pouvait actionner le débiteur plus tôt qu'il ne l'aurait pu d'après les conventions antérieures. Paul, dans la loi 4, aussitôt après celle que nous

(45) PLATON, *op. cit.*, p. 176.

venons de commenter, indique la possibilité de faire le constitut en stipulant un *terme plus proche*.

« Sed et si citiorie die constituat, se soluturum, similiter tenetur » (livre 29, ad edictum).

Or, étymologiquement, rien ne s'oppose à ce que le constitut puisse faire l'office d'un instrument destiné à rendre plus tôt exigible une dette, au lieu de convenir que l'exécution aura lieu plus tard : les cocontractants s'entendent, et le débiteur s'engage à le payer à un délai moins éloigné. Mais ce n'était pas là précisément ce que le prêteur a voulu sanctionner : lorsque le créancier se fait consentir cette réduction de délai, il a un avantage : le débiteur, au contraire, rend sa condition pire, en se départissant ainsi du droit d'opposer la non-exigibilité de la créance : s'il ne s'exécute pas au jour fixé par le constitut, sa mauvaise foi, à supposer qu'elle existe, est moins grande, et par conséquent l'action *pecuniæ constitutæ* ne devrait pas être exercée contre lui avec toute sa rigueur. Pourtant l'utilité que présentait le constitut fait dans ces conditions, dépendait de l'existence même de l'action avec tous ses risques.

A un autre point de vue, nous verrons plus loin que le constitut fait *in duriores causam*, selon l'expression des interprètes, est nul ; on entend par là que, lorsque le débiteur s'engage par constitut à faire une prestation plus considérable que celle dérivant du contrat antérieur, le nouvel engagement est nul, dans la mesure de l'excédent. Cette règle n'est que l'application logi-

que du principe suivant lequel le constitut doit reposer sur une obligation préexistante. Or, dans la mesure où il y a charge nouvelle imposée au constituant, il y a inexistence d'obligation. On comprendrait pourtant que, dans ce cas, l'on fût moins rigoureux pour le nouvel accord : en effet, la substance même de l'obligation primitive reste intacte ; il n'y a de changement que dans la modalité, le terme en l'espèce. Voilà pourquoi Paul dit que le constituant sera tenu en cette hypothèse. Mais il n'en résulte pas moins que le nouvel engagement est contracté en faveur du créancier, ce qui constitue une déviation appréciable du but que le prêteur voulait atteindre en donnant une action nouvelle au créancier. Il semble donc que ce soit là une application toute nouvelle, et non des moins importantes, que la pratique ait fait sortir de l'édit.

Les questions qui se sont posées pour le terme, nous les retrouvons à peu près identiques dans le constitut fait relativement à une obligation conditionnelle ou conclu sous une condition par rapport à une obligation pure et simple, et inversement. Lorsque le constitut est conclu avec la condition de l'obligation antérieure, alors aucune difficulté n'existe, le contrat est soumis à la même condition : si elle vient à défaillir, l'obligation primitive n'existe plus et le constitut ne repose plus sur elle : donc le débiteur est libéré. Quand l'obligation précédente était conditionnelle et que le constitut est fait purement et simplement, alors la condition s'applique de plein

droit. Si cette dernière vient à défaillir, comme dit Paul, « *utraque actio depereat* » (46), l'une et l'autre action sont éteintes.

Mais des changements plus profonds peuvent être apportés au moyen du constitut. Ainsi la condition peut être ajoutée à une obligation dépourvue de cette modalité. Dans ce cas, Pomponius dit qu'une action *utile* sera donnée. On n'en voit pas bien le motif. Il est probable que, dans ce passage, le mot « *utilem* » ne doit être nullement pris dans son sens technique d'*action utile*, mais qu'il faut le traduire indépendamment de cette signification, par exemple, dire que l'action sera possible contre lui. Cela se comprend : il y a une différence notable avec l'ancienne obligation : il y a une faveur de plus accordée au débiteur ; la condition peut ne pas se réaliser ; il y a la chance, pour le constituant, de se trouver libéré complètement, comme aussi, si l'événement se produit, il sera passible de l'action *pecuniæ constitutæ* (47). Quant au point de savoir, au cas de défaillance de la condition, si le créancier pourrait intenter à nouveau l'action primitive qui sanctionnait une obligation pure et simple, c'est une question que nous examinerons plus loin, lorsque nous nous demanderons quel était le rôle joué par le constitut en matière de novation. En matière de dettes conventionnelles, Jus-

(46) Loi 19, pr. h. t.

(47) Loi 19, § 1^{er}.

tinien tranche définitivement la question, et décide qu'à l'avenir on pourra faire le constitut d'une dette conditionnelle. Ce qui avait fait hésiter encore ici les juriconsultes, c'est que la dette sous condition suspensive, du moins, n'est pas exigible. Ce n'est pas une *pecunia credita* (48). Le moyen de tourner la difficulté était simple ; on n'avait qu'à assortir le pacte de l'ancienne condition ; rien ne s'y opposait, puisque c'était l'obligation antérieure elle-même qui faisait le substratum de l'accord nouvellement conclu.

Outre ces modifications apportées au moyen du constitut, il en est d'autres où la libre convention des parties tient plus de place encore. Nous voulons faire allusion au pacte par lequel le débiteur promet à son créancier de lui payer la somme due, à telle date, *dans tel lieu*. C'est certainement une application nouvelle du constitut ; le pacte suppose une notion de temps, mais non un concept relatif à l'espace. Pourtant on a facilement recouru au pacte nouveau, pour permettre de désintéresser le créancier dans un lieu différent de celui fixé précédemment, ou même alors qu'il n'y avait aucune modalité de ce genre dans l'entente précédente. A ce sujet, Ulpien, dans la loi 16, § 1^{er}, nous indique la possibilité de faire servir le constitut pour donner un lieu d'exécution de la convention. Il dit même que, si le débiteur, pour une raison quelconque, ne se trouve

(48) GAIUS, *Institutes*, § 124, com. III.

pas dans ce lieu, le créancier pourra le poursuivre n'importe où, à l'imitation de ce qui a lieu en cas d'*action arbitraire*.

« Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariæ actionis ubique potest. »

L'action arbitraire dont parle ici le texte ne peut être que l'*action de eo quod certo loco dari oportet*, action commentée au titre précédent du Digeste, au titre IV, dont le même Ulpien traite dans son commentaire sur l'édit, au même livre que l'*action pecuniæ constitutæ*, c'est-à-dire au livre 27. Dans ce cas, nous avons une superposition très curieuse de deux actions prétoriennes, toutes les deux personnelles, ayant certains caractères communs et chacune ayant son domaine d'application. Mais cette possibilité d'intenter l'*action de eo quod certo loco* contre un débiteur qui a fait le constitut d'une dette antérieure nous confirme dans la relation étroite qui doit exister entre l'*action pecuniæ constitutæ* et son modèle, l'*action certæ creditæ pecuniæ*. Car, enfin, à l'époque où nous nous trouvons, l'*action pecuniæ constitutæ* aurait suffi à elle seule à éviter la *plus petitio loco*, étant une action prétorienne, sans qu'il eût été nécessaire de faire subir à sa formule la modification consistant dans l'*adjectio loci* par rapport à l'*intentio* et dans l'attribution de pouvoirs plus considérables pour fixer la *condemnatio*, ce qui constituait, en somme, l'*action de eo quod certo loco* : si le préteur ou les juris-

consultes ont jugé qu'il fallait donner au juge des instructions nouvelles, c'est que l'*action pecuniæ constitutæ*, tellement proche de la *condictio certæ pecuniæ*, ne leur paraissait pas devoir suffire en cette occasion. Nous pourrions conclure de ce rapport que si, dans ses termes, le constitut a une largeur d'application telle qu'il peut servir à insérer un *lieu de paiement*, il n'en est pas moins vrai que l'action destinée à faire respecter ce pacte a toujours gardé les caractères qui lui étaient propres, lors de l'apparition du constitut.

Jusqu'ici, nous nous sommes occupé uniquement du cas où un des éléments accessoires de l'obligation antérieure était modifié au moyen du constitut. Maintenant nous allons assister à la transformation complète de l'obligation, dans ce qu'elle a d'essentiel ; c'est ici que le constitut va remplir un rôle de premier ordre et va devenir plutôt une manière de rendre obligatoires les accords les plus divers, qu'un acte juridique bien défini et ayant en lui-même sa raison d'être. Dans ces cas, le constitut n'est plus un but en soi, c'est un moyen, c'est un texte juridique, que l'on emprunte en quelque sorte pour se couvrir sous sa protection et pouvoir plus facilement réaliser des transactions que d'autres moyens rendraient plus difficiles, sinon impossibles. Quant au pacte lui-même, il n'a plus beaucoup l'occasion de se manifester dans sa forme primitive. C'est un pacte desséché. C'est en partant de ces idées

que M. Valéry, dont nous avons discuté plus haut (49) la théorie sur l'origine de l'action *pecuniæ constitutæ*, dit que le constitut était un contrat du droit civil, mais que, par suite du développement que l'édit prétorien lui a donné, s'est transformé en pacte prétorien. Nous avons déjà réfuté cette thèse en citant les textes à l'appui et nous en avons conclu que le constitut a toujours été un pacte prétorien. Bien mieux, comment imaginer que, le droit civil ayant déjà reconnu le constitut, le préteur se soit avisé de lui donner une sanction (50) ? Nous avons vu, au contraire, que lorsqu'un édit figurait dans l'album à côté de la formule, c'était toujours une institution sanctionnée par le préteur dont il s'agissait. Or, en notre matière, il y a un édit promettant l'action en question, en termes généraux et non pas seulement pour certaines applications pratiques (52), témoin la loi 1^{re}, pr. h. t. : « *Hoc edicto prætor favet naturali æquitati* », et le § 1^{er} : « *Qui pecuniam debitam constituit* » (ce qui paraît être les termes de l'édit). Ce n'est donc pas le préteur qui a sanctionné les applications pratiques du constitut, qu'il ne pouvait prévoir, du reste, mais la jurisprudence qui a détourné le pacte de son but primitif, tout en conservant la sanction.

Toutes ces applications du constitut se résument de la façon suivante. Le constitut comporte deux variétés :

(49) Voir p. 14.

(50) Voir GIRARD, *Manuel*, p. 602, note 5.

(51) VALÉRY, *op. cit.*, année 1892, p. 193.

le *constitut debiti proprii*, dont nous venons de parler précédemment, supposant toujours un rapport établi entre un créancier et un débiteur qui demeurent les mêmes, et le *constitut debiti alieni*, dans lequel un nouveau débiteur s'interpose ; c'est proprement dans cette variété que nous allons voir toute la fonction juridique du *constitut*. Sous le nom de *constitut debiti alieni* peuvent avoir lieu une *expromissio*, une *adjonction de débiteur solidaire*, un *cautionnement*, une *novation*, une *délégation*. Nous allons examiner successivement ces différentes fonctions du *constitut*, dans l'ordre où nous les avons énumérées.

§ 1^{er}. — *Expromissio*.

En face d'un débiteur insolvable, le créancier accepte d'être payé par un tiers, qui s'engage à la place de ce débiteur et le libère du même coup vis-à-vis de son créancier. Quant à lui, il peut intervenir par esprit de libéralité, ou bien pour se réserver un recours. Dans ce cas, on dit qu'il y a *expromissio*, c'est-à-dire substitution d'un débiteur à un autre. L'application de l'*actio pecuniæ constitutæ* à cette opération a été faite, bien que le nouvel engagé n'ait pas contracté la dette primitive, bien qu'il ne l'ait pas reconnue. Mais il y a toujours une dette existante, et cela suffit pour rendre possible un *constitut*. Peu importe que le *constitut* intervienne entre les mêmes personnes ou entre des tiers,

du moment qu'il y a une obligation qu'il s'agit d'exécuter.

« Quod exigimus ut sit debitum quod constituitur, *in rem exactum est*..., nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis » (52).

« *In rem exactum est* », cela veut dire qu'on exige que ce qui est dû soit dû réellement, mais non *in personam*, ce qui voudrait signifier qu'il faut toujours faire intervenir les mêmes personnes. Cette convention d'*ex-promissio*, réalisée par constitut, fut sans doute de peu d'utilité et peu employée dans la pratique, car, dans ce cas, le débiteur se trouve libéré vis-à-vis de son ancien créancier, et ce dernier préférerait de beaucoup voir le nouveau débiteur s'adjoindre seulement à l'ancien pour lui servir de sûreté, en cas d'insolvabilité.

§ 2. — Adjonction d'un débiteur solidaire.

Cette opération pouvait être réalisée de deux manières différentes : soit en faisant promettre à un tiers de payer la dette, au même titre que le débiteur actuel; soit en le faisant engager comme débiteur accessoire, à un titre spécial et subsidiairement.

Dans le premier cas, on a la convention de solidarité ou de corréalité, et dans le second, il s'agit d'un cautionnement. Pour ce qui constitue l'adjonction d'un dé-

(52) Loi 5, § 2.

biteur supplémentaire, tenu au même titre que le débiteur principal, ce n'est que l'application de la théorie de la solidarité. En conséquence, le créancier pourra poursuivre l'un ou l'autre de ses débiteurs et exiger d'eux le paiement intégral de la dette. Toutefois, en vertu du constitut, si le nouveau débiteur ne s'exécute pas au jour fixé, le créancier pourra le poursuivre de préférence et intenter contre lui l'action *pecuniæ constitutæ*, qui lui fournira le moyen de se faire payer la somme due et aussi la *dimidia pars*, s'il démontre le bien fondé de sa prétention. En somme, presque toujours le créancier agira immédiatement contre le débiteur constituant, car c'est dans cette possibilité que réside l'intérêt du constitut, en sorte que l'on peut affirmer que le cas d'obligation solidaire diffère peu de celui où il y a simplement *expromissio*, le débiteur antérieur étant toujours plus ou moins présumé insolvable.

§ 3. — *Adjonction d'un débiteur accessoire.*

Sous un autre aspect, le constitut peut procurer un débiteur subsidiaire au créancier. Le nouvel engagement ressemble au cautionnement, le constituant n'étant tenu de payer qu'au cas de défaut d'exécution de la part du débiteur principal.

La sûreté personnelle a eu, en droit romain, deux aspects différents, suivant les époques. Au début, simple promesse, simple témoignage d'un tiers de la solva-

bilité du débiteur, elle n'engageait pas, au moins en principe, la fortune de la caution. C'était un service d'ami, consistant dans une garantie morale (53). Mais le temps vint où le rôle de cette dernière se transforma, et en fait elle devint, pour le créancier, un débiteur subsidiaire au cas d'insolvabilité du débiteur principal. Cette transformation du cautionnement a eu lieu vraisemblablement avec l'apparition de la *fidejussio* ; ce n'est pas à dire que les *sponsores* et les *fidepromissores*, auxquels nous avons fait allusion en parlant du cautionnement originaire, n'aient jamais été tenus pécuniairement ; la preuve en est, au contraire, dans l'existence de la loi Cornelia, réduisant le taux au delà duquel on ne pourrait se porter caution à 20.000 sesterces (54). Dès lors, si la condition des cautions devint plus rigoureuse quant à la durée de la poursuite lorsque la *fidejussio* fut pratiquée, des bénéfices divers sont accordés aux cautions du droit primitif par des lois d'ordre politique plutôt que privé (55). C'est justement pour éviter ces sortes d'obstacles au droit du créancier que la pratique aurait permis de cautionner la dette au moyen de la forme plus récente qu'est la *fidejussio*. Encore faut-il bien reconnaître que, pour que l'engagement du

(53) M. Guq, dans son cours (1912-1913), enseigne cette idée, et il voit la raison qui a fait prohiber l'*intercessio* aux esclaves.

(54) GAIUS. C. II, § 124.

(55) Énumération et commentaire dans GAIUS, c. III, §§ 120-127.

nouveau débiteur fût efficace, des paroles devaient être prononcées suivant un certain ordre, ce qui implique évidemment la présence obligatoire des parties. Cela devait dégénérer en gêne pour les négociants, qui ont besoin de crédit ; c'est pourquoi, dans une certaine mesure, on avait remédié à cet inconvénient par l'emploi d'un moyen ingénieux, consistant à faire donner l'ordre par la caution au créancier de prêter une somme d'argent ou autre chose à son débiteur. Si ce dernier ne s'exécute pas, alors le créancier recourt par l'*action mandati contraria* contre la caution, en vertu de l'ordre qu'elle lui a donné et qui lui a causé un préjudice. C'est le *mandatum pecuniæ credendæ*.

Mais, pour être ingénieux, ce procédé n'était pas pour cela dénué d'inconvénients ni destiné à un usage aussi général que la *fidéjussion*. En effet, d'après les règles mêmes qui présidaient à l'organisation du mandat, le mandant donne l'ordre à son mandataire d'accomplir telle chose avant tout engagement. Or, parfois, c'est lorsque le contrat est passé que le créancier s'aperçoit qu'il aurait besoin d'un complément de solvabilité, et pourtant le *mandatum pecuniæ credendæ* n'est plus possible. De même, lorsque ce moyen est possible, l'existence dans la formule de la clause de bonne foi peut amener le juge à ne condamner le défendeur que dans une certaine mesure, et ainsi le créancier n'est désintéressé que d'une façon imparfaite. C'est alors qu'à une époque où le pacte de constitut avait déjà reçu certains

développements pratiques, les jurisconsultes eurent l'idée de le faire servir à la sûreté des créances. Au lieu que ce soit le débiteur qui prenne un nouvel engagement, c'est un tiers qui prend à sa charge la dette préexistante et s'engage à la payer, au cas où le débiteur principal ne le ferait pas lui-même. Il est probable qu'au début de cette application ce fut lorsque le débiteur était actionné par le créancier que celui-là cherchait un tiers qui, moyennant la promesse de satisfaire le créancier à défaut de l'obligé principal, arrêtaît pour un temps l'exercice de l'action.

Plus tard, à une époque indéterminée, mais toujours assez avancée, le créancier put obtenir du tiers un constitut, peu après, même tout de suite après la naissance de la créance. La fixation d'un jour pour le paiement fut-elle aussi, dans ce cas, une condition de validité ? A la vérité, on pourrait soutenir que la promesse de payer n'avait pas besoin d'être accompagnée d'un terme pour être valable, puisqu'elle n'émanait pas du débiteur primitif (la notion de délai étant dès lors mise au second plan), et que le terme y était implicitement contenu puisque la caution ne devait être poursuivie qu'à défaut du débiteur principal. Du reste, la fixation d'un terme spécial pour le constituant ne pouvait avoir que des inconvénients ; de plus, son insertion dans le pacte n'était aucunement justifiée. Au point de vue juridique, nous avons déjà vu précédemment (56), que Paul, dans la

(56) Voir p. 9.

loi 21, affirme que l'on peut dire que celui qui constitue purement et simplement n'est pas tenu, et il en donne pour raison que l'action pourrait être exercée contre lui aussitôt, s'il ne paie après avoir fait le constitut. Cela était naturel dans les débuts de l'institution, où le débiteur voulait obtenir un atermolement de son créancier : mais cette modalité, qui n'en était pas une à l'origine, mais qui, dans ce nouveau rôle du constitut, en deviendrait nécessairement une, était inutile dans la plupart des cas, puisque le but principal de l'opération est de fortifier une créance : le créancier s'accommoderait mal du terme en cette matière. Enfin, au témoignage de Paul lui-même, si le constitut *sine die* était inefficace pour la raison qu'il en donne, les *verba edicti* (*ut verba edicti late pateant*) devaient, à cause de la largeur même de leurs termes, laisser aux parties le pouvoir de conclure un cautionnement valable, par le moyen du constitut, sans besoin d'assigner un terme à cette convention (57). L'étymologie même de « constituer » ne devait être aucun obstacle à cette nouvelle application (58).

Le constitut ainsi employé présentait de grands avantages sur les autres façons de cautionner. D'abord le premier consistait, pour le créancier, à pouvoir exiger la promesse de la moitié en plus de la somme due, si

(57) Voir p. 10.

(58) Voir p. 10.

le constituant ne s'exécute pas aussitôt après que le débiteur n'aura pas payé le créancier. D'autre part, les lois de l'époque républicaine qui avaient allégé la charge des débiteurs subsidiaires, en leur octroyant divers bénéfices, ne devaient point s'étendre au constitut, ce qui faisait un notable avantage pour le créancier. En outre, les règles mêmes dégagées de l'édit du préteur par les jurisconsultes faisaient que le créancier qui avait d'abord intenté l'action contre la caution pouvait ensuite agir contre le débiteur principal, et inversement, puisque l'action *pecuniæ constitutæ* était une action distincte de l'action dirigée contre le débiteur principal et qu'il n'avait, par conséquent, pas à tenir compte de la règle de l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Quoi qu'il en soit de tous ces avantages, qui constituaient autant de supériorités du constitut sur les autres sûretés personnelles, il devait être soumis aux règles originaires qui présidaient à sa formation, parce qu'elles étaient de l'essence même de l'institution, parce qu'elles étaient formulées clairement dans l'édit, et que c'était à leur observation qu'était attachée la sanction efficace délivrée par le préteur, consistant dans la rédaction de la formule.

C'est ainsi qu'on ne pouvait s'engager par constitut qu'après la conclusion d'un contrat antérieur ou la formation de toute autre obligation, en vertu du principe certain selon lequel le pacte de constitut doit reposer sur une obligation préexistante. Il en pouvait être diffé-

remment de la *fidejussio*, il en était autrement par nécessité dans le *mandatum pecuniæ credendæ*. Mais cet inconvénient n'était pas bien incommode, puisque c'est surtout après qu'une convention a eu lieu, que l'on peut craindre de se trouver en face d'un débiteur insolvable. Il y avait, si l'on veut considérer cela comme une imperfection du constitut, la règle que le créancier ne pouvait poursuivre la caution qu'après avoir discuté le débiteur principal. En revanche, quand il y avait pluralité de constituants, le créancier pouvait les poursuivre successivement pour le tout. Enfin, la plus grande supériorité du constitut, c'était de pouvoir être conclu sans formes, soit verbalement, soit encore plus souvent à distance, par l'envoi d'un messenger ou d'une lettre. On peut donc décider qu'en somme le pacte de constitut pouvait jouer, au profit du créancier, le rôle de sûreté très efficace, surtout si l'on considère l'action que pouvait intenter ce dernier et, par suite, le désir du constituant d'y échapper en s'exécutant à la première réquisition du demandeur.

§ 4. — *Changement de créancier.*

Le constitut pouvait servir à réaliser, à l'époque classique, un changement dans la personne du créancier. Il est pourtant permis de penser que cette nouvelle application du pacte a dû avoir moins d'import-

lance pratique que les précédentes. On peut, dans cette matière, distinguer les deux cas :

1° Le constitut est fait par un débiteur à l'un de ses créanciers corréaux ; 2° Le constitut a pour sujet actif un créancier étranger à la dette qui forme la base du pacte. Dans le premier cas, il n'y a pas, à proprement parler, changement de créancier. Il y a plutôt modification au nombre des personnes pouvant réclamer l'exécution de l'obligation, que changement absolu dans la personne du créancier. Il y a plutôt substitution d'un seul créancier à plusieurs. Nous verrons plus tard l'effet de ce constitut, relativement au droit d'agir des autres créanciers corréaux.

Dans le deuxième cas, il y a véritablement un changement de créancier. Les actes juridiques qui servent à modifier le sujet actif de l'obligation peuvent consister dans une cession de créance, dans une subrogation, dans une délégation.

La cession de créance était un acte juridique inconnu aux premiers temps du droit romain. Une seule personne pouvait agir contre le débiteur, en vertu du lien d'obligation ; c'était le créancier envers lequel ce dernier s'était engagé. Il ne pouvait y avoir de translation de créance à un autre qu'au créancier primitif. Peu à peu, sous l'influence des praticiens, on arriva à se servir d'une institution différente, qui ne datait, elle aussi, que d'hier : la représentation en justice. Le créancier, désireux de faire passer le bénéfice de

sa créance sur la tête d'une autre personne, pouvait constituer cette dernière son mandataire, à l'effet d'en obtenir le recouvrement en justice. Une convention intervenait dès lors, au moyen de laquelle le créancier s'engageait à ne pas demander de compte à la personne à qui il consentait cette cession. C'est ce que les textes appelle la « *procuratio in rem suam* ». Par ce détour ingénieux, la cession de créance se trouvait réalisée. Mais il était à craindre que, malgré l'engagement pris par le créancier, celui-ci ne s'avisât de révoquer le mandat donné. A ce sujet, aucune garantie n'était donnée au cessionnaire, puisque, en somme, le cédant ne faisait qu'user de son droit de révoquer le mandat qu'il avait confié. C'est pourquoi, devant l'aléa irrémédiable que courait le cessionnaire, il dut se former une tendance destinée à rendre la *procuratio in rem suam* plus stable. Le cessionnaire allait trouver le débiteur et lui demandait de bien vouloir s'engager envers lui, avec le consentement du cédant. Après cet engagement, si le cédant, révoquant le mandat, venait à exercer l'action contre son débiteur au mépris de sa promesse, ce dernier pouvait faire insérer dans la formule l'exception de dol. De cette manière, la cession était opérée et le débiteur pouvait se libérer sans crainte entre les mains du nouveau créancier, sans se voir exposé plus tard aux poursuites de l'ancien. Cet engagement que le cessionnaire faisait prendre au débiteur pouvait être réalisé très simplement au moyen du constitut, puisqu'il

pouvait avoir lieu entre absents et très efficacement, étant donnée la somme que le débiteur s'obligeait à verser au cessionnaire s'il n'exécutait pas son obligation dans les délais qui lui étaient impartis. Comme on le voit, la théorie de la *procuratio in rem suam* qui avait servi à réaliser la cession de créance fut délaissée, et l'emploi du pacte de constitut, avec ses avantages, fut désormais le moyen le plus sûr et le plus efficace pour arriver au transfert d'une créance d'une personne à une autre.

Quant à la subrogation, il est à peu près certain que le constitut n'a joué aucun rôle dans la formation de cette institution. La subrogation émane essentiellement du créancier qui reçoit son paiement d'une personne qui n'a pas contracté d'obligation envers lui et à laquelle il cède volontairement ses droits et actions contre son débiteur, ce dernier ne jouant aucun rôle dans cette cession. Ici ce n'est pas le constitut qui est le moyen de faire la subrogation, mais celle-ci peut en être la conséquence lorsque le constituant *debili alieni* se fait céder les actions du créancier après avoir désintéressé ce dernier.

Plus important est le rôle du constitut pour ce qui a trait à la délégation. A la vérité, dans toute délégation, il y a deux modifications principales. Par rapport à l'obligation contractée entre le déléguant et le délégataire, il y a changement dans la personne du débiteur, et, par rapport à l'obligation contractée entre le délégant et le délégué, il y a changement dans la personne

du créancier. On pourrait donc dire qu'en matière de délégation, il y a aussi constitut *debili alieni*. Mais, comme le délégué est déjà débiteur du déléguant, il est plus naturel de dire qu'il y a changement en la personne du créancier. Que le constitut ait servi à réaliser cet acte juridique, cela n'est pas douteux, en raison, puisque le constituant promet de solder une dette pré-existante. Les termes de l'édit favorisaient cette application. Les textes confirment-ils ce que nous venons d'avancer ?

Quand on parcourt chacun des textes qui composent, au Digeste, le titre « de Pecunia constituta », on est surpris de n'y trouver aucune allusion précise, tout au moins relativement à la délégation. Bien plus, si l'on parcourt le siège de la matière, c'est-à-dire le titre II du livre 46, loi 11, qui donne au principium la définition de la délégation, on trouve, au § 1^{er}, ces simples mots très concis :

« Fit autem delegatio *vel per stipulationem, vel per lilis contestationem.* »

Du constitut il n'est fait aucune mention. Cela pourrait déconcerter à première vue, et, à la suite de la lecture de ce texte, on serait tenté d'affirmer que le constitut n'a aucun rapport avec la délégation. Remarquons, tout au moins, que la stipulation figure en première ligne comme moyen d'opérer une délégation. Or il faut se demander ce qu'est le constitut par rapport à la stipulation. Le contrat de stipulation a servi, dès les pre

miers temps, à faire naître une créance de somme d'argent ou de toute autre chose au profit de celui qui reçoit la promesse. Mais il ne constituait pas, à proprement parler, un contrat ayant en lui-même sa raison d'être ; il a servi à rendre efficaces les accords les plus variés ayant des causes très différentes. Le pacte de constitut a eu un domaine d'application limité dans ses origines, c'était là sa raison d'être. Mais, peu à peu, favorisé par les termes assez larges de l'édit, il a pris une extension considérable, jusqu'à pouvoir supplanter la stipulation elle-même dans ses multiples applications. Pourquoi alors la délégation aurait-elle fait exception à la règle ? Du reste, si au Digeste nous ne pouvons nous appuyer sur aucun texte pour faire notre preuve, nous avons, au Code de Justinien, un passage qui est un argument en faveur de ce que nous avançons. C'est la constitution 7, au livre 8, titre XLI, qui commence par ces mots significatifs :

« Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spopondit vel *debitum constituit*. »

Le constitut est placé ici sur la même ligne que la stipulation, en tant que moyen destiné à réaliser la délégation. Or il s'agit d'un rescrit adressé par les empereurs Dioclétien et Maximin à un particulier les consultant sur le point de savoir si celui qui a reçu, en vertu d'une délégation, un nouveau débiteur à la place de l'ancien pourra agir contre lui, considéré en quelque sorte comme représentant le débiteur primitif. Les empereurs

lui répondent qu'en ce cas c'est lui qui, en son propre nom, devra être poursuivi. Cela se comprend naturellement, puisque le délégué s'est obligé envers le délégataire, soit par stipulation, soit par constitut.

Il est fait allusion au constitut, comme à un moyen existant déjà depuis un certain temps, destiné à réaliser la délégation. Il est vrai qu'on nous objecte que, dans cette constitution, il ne peut être question du constitut, mais du *receptum*. Le banquier qui recevait en dépôt une certaine somme d'argent pouvait s'engager à en verser une partie sur l'ordre du déposant à un tiers, créancier de ce déposant. C'est là une délégation. Que le *receptum argentariorum* ait servi à faire cette opération juridique, cela est certain. C'était même là une de ses fonctions principales. Mais le constitut pouvait également se prêter à cette application, et ce que le banquier pouvait faire pour son client, un particulier pouvait tout aussi bien l'accomplir pour rendre service à un autre particulier. Les *argentarii*, en cette matière, n'avaient aucun monopole. Seulement il est à prévoir que, dans la plupart des cas, c'était ces derniers qui étaient désignés naturellement pour être délégués, étant donné qu'ils étaient en compte courant avec leur client: que, par suite de leur profession, ils avaient le moyen de compenser dans leur *mensa* les créances et les dettes respectives de leurs clients. On avait ainsi avantage à se servir des banquiers, à l'effet de solder une dette au moyen de la délégation. Mais qui dit avantage, ne dit pas obligation.

D'autre part, le fait même de la délégation était un avantage assez précieux, pour qu'elle ait été assez souvent usitée entre particuliers. Or, si la stipulation a dû servir depuis longtemps à faire cette opération, le constitut a servi très tôt à la réaliser. La simplicité de l'acte sans forme a dû le faire prévaloir, même d'assez bonne heure, sur l'acte formel. Donc le pacte de constitut a servi, à l'époque classique, à réaliser la délégation. Ce rôle lui convenait très bien. Il devait avoir pour fondement une dette; or, ici, nous étions en présence de deux dettes : celle du déléguant vis-à-vis du délégataire, et celle du délégué vis-à-vis du déléguant. Par le constitut, le délégué s'engageait à payer ce qu'il devait au délégataire. D'où il suit qu'en appliquant exactement l'édit, il suffisait de l'existence d'une seule dette pour que le constitut pût être fait valablement. Peu importe laquelle. Mais, pour qu'il y ait délégation, il est nécessaire que ce soit la dette du délégué vis-à-vis du déléguant qui existe.

Si, pour toutes ces raisons, le constitut devait pouvoir jouer un rôle dans la délégation, le texte ci-dessus rencontré, que l'on fait se rapporter au « receptum », ne doit pas être un obstacle important. L'argument que l'on fait valoir, et qui ne varie pas en pareille circonstance, est le suivant : les compilateurs ont substitué le mot « constituit » au mot « recipit » qui figurait originairement dans le texte. Nous répondons que les compilateurs ont dû substituer non pas un seul mot, mais deux. En effet, s'ils n'avaient modifié que « recipit », le mot « de-

bitum », qui précède et aurait été le complément de « recipit », donnerait l'apparence d'une singulière expression, attendu que le verbe « recipere » s'emploie le plus souvent avec un autre verbe à l'infinitif présent ou futur, mais non pas avec un substantif à l'accusatif. De plus, cette expression « debitum recipere » concordait mal avec la technique de l'institution, puisque la dette préexistante n'était pas une condition de validité du pacte, à l'époque classique. Enfin l'expression que nous trouvons au texte « debitum constituit » est bien la véritable expression, l'expression technique de la période classique, pour désigner l'acte de celui qui se lie par constitut.

Nous prévoyons encore une objection. Cette constitution est de Dioclétien : or, dira-t-on, ce n'est pas une application du constitut qui a eu lieu à l'époque classique, mais au début de la monarchie du Bas-Empire, par conséquent à la fin du III^e siècle de l'ère chrétienne, donc déjà un certain temps avant l'entreprise législative de Justinien : — près de deux siècles avant, répondons-nous. Puis, à la rigueur, il pourrait y avoir là une application du constitut qui serait tardive ; mais enfin, de la fin de l'époque classique au début du Bas-Empire, l'espace n'est pas considérable. Surtout nous remarquons que cette constitution est un rescrit, par conséquent une réponse adressée à un particulier, en l'espèce, qui ignorait l'effet de la délégation réalisée par stipulation ou par constitut, et qui se renseigne auprès de l'empereur comme auparavant on consultait les Pru-

dents dans de pareilles circonstances. L'empereur répond, en interprétant le droit en vigueur déjà depuis un certain temps, à la question posée par ce particulier. Rien ne s'oppose donc, en raison et d'après les sources, à l'application du constitut dans la délégation à l'époque classique.

Nous avons dit précédemment que, pour qu'il y eût délégation, il était nécessaire que ce fût la dette du délégué vis-à-vis du déléguant qui existât. Alors même que celle du déléguant vis-à-vis du délégataire serait inexistante, le délégué serait tenu. Il s'est engagé dans la forme du constitut, il ne peut échapper à l'action. La mention de la dette liant le délégué vis-à-vis du déléguant était facultative, du moment qu'elle existait. De sorte que, quand, — ce qui arrivait assez souvent, d'ailleurs, — le constitut se faisait *per epistolam* (59), le constitut était engagé par le seul fait qu'il avait promis de payer, sans préciser la cause de sa dette. Le constitut était ainsi une sorte de contrat abstrait, obligatoire, par le seul fait que l'acte écrit était rédigé. A ce point de vue, il doit être considéré comme l'ancêtre de la lettre de change. Mais ce n'est pas encore surtout de ce côté qu'il y a analogie, c'est surtout au point de vue de l'effet de la validité de la dette du déléguant vis-à-vis du délégataire sur la dette nouvelle, objet du constitut. Supposons, en effet, que l'obligation primitive existant entre

(59) Voir p. 87.

le déléguant et le délégataire soit, pour une cause ou une autre, capable d'être annulée *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Le constituant pourra-t-il, après la vérification de ces faits, être absous par le juge, étant donné que la dette sur laquelle repose le constitut est viciée et qu'ainsi elle peut être considérée comme inexistante ?

Pour résoudre cette question, nous n'avons aucun texte qui nous puisse servir, puisque, comme nous l'avons précédemment remarqué, aucun ne parle précisément de la délégation. Pourtant, la constitution de Dioclétien précitée paraît être, dans sa rédaction laconique, consacrée à cette question. Le délégué qui s'était engagé au moyen de la stipulation ou du constitut est tenu en son propre nom, et non à la place du déléguant. C'est dire que la stipulation ou le constitut ont servi de *cause* à son obligation, et que c'est en vertu d'un nouveau contrat ou d'un nouveau pacte que le délégué est obligé. Si ces actes juridiques sont valables en eux-mêmes, le nouveau débiteur n'aura aucun moyen de défense, ni aucune exception à faire valoir, du fait que la créance qu'il a prise à sa charge était elle-même susceptible d'être contestée. Le délégué était donc tenu par le seul fait qu'il avait promis le paiement, c'est-à-dire aussitôt qu'il avait prononcé les paroles solennelles de la stipulation ou qu'il avait fait un constitut, par n'importe quel moyen. C'était bien là un contrat abstrait.

En droit moderne, dans l'organisation de la lettre de change, une règle essentielle en domine la circulation .

la règle de l'opposabilité des exceptions. Le tiré qui a accepté la traite voit son obligation s'incorporer dans le titre de commerce, et c'est ce titre qui lui sert désormais de *cause*. Si ce dernier est régulier, c'est-à-dire s'il contient toutes les mentions exigées par la loi à peine de nullité, il sera tenu, alors même qu'il aurait pu résister aux poursuites du tireur en se fondant sur une cause de nullité entachant le contrat. Cette règle assez bizarre, qui est admise dans presque toutes les législations modernes, a son origine reculée dans le droit romain, dans le contrat verbal et plus spécialement dans le *constitut*. Car le *constitut* se faisait souvent par l'envoi d'une missive, dans laquelle le constituant s'engageait à payer le nouveau créancier, tel jour, dans tel lieu. Or la lettre de change, telle que nous la connaissons aujourd'hui, n'est qu'un écrit rédigé par le tireur, sans doute, mais qui doit être accepté par le tiré. Il y a donc grande ressemblance sur ce point entre le *constitut* et la lettre de change (60).

La ressemblance se poursuit, quand on voit que la lettre de change exige la mention d'un jour pour le paiement ; de plus, le lieu du paiement pouvait être indiqué dans le *constitut* ; dans la lettre de change, cette mention était obligatoire. Puis la valeur reçue, en retour de laquelle la traite est tirée, était parfois mentionnée dans l'écrit qui émanait du constituant. Ainsi, quoique

(60) PLATON, *op. cit.*, p. 185-188.

nous ne puissions affirmer qu'il s'agit d'une délégation, la loi 26 en est une preuve :

« Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit : « Decem quæ Lucius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me domine », respondit secundum ea quæ proponerentur actione de constituta pecunia eum teneri. » (Scævola, livre 1^{er} Responsorum).

Dans ce texte, le constituant indique la dette qu'il s'engage à payer, et même il en indique la cause ; c'est à titre de prêt que Lucius Titius est obligé.

De même, dans la loi 24, Marcellus (livre 1^{er} de ses réponses) nous fournit l'exemple suivant :

« Titius Seio epistulam emisit in hæc verba : Remanserunt apud me *quingenta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum*, quos tibi reddere debebo *idibus maiis* probos : quod si ad diem suprascriptum non dederò, tunc dare debebo usuras tot ; quæro an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit. Marcellus respondit : Si intercesset stipulatio, successisse, item quæro an si non successisset de constituta teneatur. Marcellus respondit : In sortem teneri : est enim humanior et utilior ista interpretatio. »

Ici, Titius se reconnaît débiteur de 50, à la suite du contrat de ses pupilles, mais il ne spécifie pas le genre de contrat.

Enfin, comme dernier exemple, nous citerons la loi 5, § 3, où Ulpien nous rapporte un passage de Julien, extrait du livre 11 de ses Digesta, ainsi conçu :

« Titius epistulam ad me talem emisit : Scripsi me

secundum mandatum Seii, *si quid tibi debitum ad probatum erit*, me tibi cauturum et soluturum sine controversia », tenetur Titius de constituta pecunia.

Dans ce texte, la mention de l'obligation qui lie Seius à son créancier est des plus laconiques. « *Si quelque chose est prouvé l'être dû.* » La lettre ne contient même pas la certitude de l'existence de l'obligation. Mais pourtant il y a constitut, et, quand il y aura la preuve d'une dette de Seius, Titius sera obligé *de constituta pecunia*.

Enfin la nécessité de l'existence d'une dette entre le délégué et le déléguant amène à la notion de la provision, telle qu'elle existe en droit moderne. Toutes ces analogies sur des points de détail accusent le rôle de l'ancien constitut en matière commerciale et font de lui l'ancêtre de la lettre de change, bien plus que la stipulation. Ce n'est certainement que sous l'Empire que le constitut acquit une telle extension, alors que déjà le commerce international et maritime avait pris une place importante dans les préoccupations des Romains. De toutes les applications du constitut, c'est la délégation qui est la plus intéressante : c'est celle qui est la plus pratique ; c'est pour ainsi dire celle qu'il était le plus à même de réaliser, étant donnés les principes qui le régissaient.

§ 5. — *Le constitut et la novation.*

Une dernière question reste à examiner, c'est celle

de savoir si le constitut, à son origine, et dans toutes les applications que nous venons de relever, entraînait novation de la dette préexistante. C'est une question très délicate à résoudre, d'autant plus que la solution qu'il convient d'en donner varie suivant les applications multiples du constitut. C'est, d'autre part, une question très importante et qui intéresse les deux parties en cause.

Prenons d'abord le constitut à son origine. Lorsque le constituant a promis de solder sa dette, tel jour, est-ce que le créancier peut encore, au moyen de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, le poursuivre quant à la dette originaire et même cumuler le bénéfice des deux actions ?

Que le créancier ne puisse agir contre le constituant après que celui-ci a payé l'une ou l'autre dette, cela est évident, puisque, dans ce cas, le paiement a eu lieu et que l'acte du créancier poursuivant à nouveau son débiteur serait dolosif. Nous avons, du reste, un texte en ce sens. Dans la loi 18, § 3, Ulpien, après avoir dit qu'il y avait une vieille controverse sur le point de savoir si celui qui agit en vertu du constitut épuise son droit, relativement à l'ancienne obligation, au capital, ajoute que ce n'est pas la *litis contestatio*, mais le paiement, qui rend impossible l'exercice de l'action relative au *sors*, car le paiement s'applique à l'une et à l'autre obligation. Il est compréhensible que le paiement seul puisse éteindre l'action *certæ creditæ pecuniæ*, puisque la partie qui a déduit son droit en justice pour ce qui concerne

l'action *pecuniæ constitutæ*, conserve encore intact celui d'agir par l'action *certæ creditæ pecuniæ*. D'autre part, il est clair que le créancier qui a été désintéressé, en exerçant la première action, ne peut plus exercer la seconde. Mais cette extinction ne doit pas se produire de plein droit; le débiteur devra, en face de la poursuite réitérée du demandeur, faire insérer dans la formule l'exception de dol. Cette question préliminaire résolue, il convient d'aborder la principale, que nous avons déjà annoncée plus haut : savoir si le débiteur engagé par constitut, dans une des applications juridiques que nous avons relevées, ne peut plus être poursuivi que par l'action *pecuniæ constitutæ*. Autrement la question revient à se demander si le constitut emporte novation de la dette antérieure, soit qu'il s'agisse du *constitut debiti proprii* ou du *constitut debiti alieni*.

En ce qui concerne d'abord le constitut fait entre les mêmes personnes, relativement à la dette, il n'y a aucun doute que le créancier puisse agir autant par l'action sanctionnant le premier contrat que par celle du constitut. Si son intérêt lui commande d'agir par l'ancienne action, il pourra l'intenter même après le constitut, puisque, dans le cas où il aurait exercé l'action *pecuniæ constitutæ* sans utilité, il aurait encore la faculté d'exercer l'action *certæ creditæ pecuniæ*. A plus forte raison, peut-il l'exercer avant toute autre. Du reste, lorsque le constitut n'est que la promesse de payer à terme une dette existante, lorsque, le jour fixé, le constituant ne

paie pas, agir par l'action primitive ne constitue pas pour le créancier un avantage si considérable qui lui fasse rejeter l'action *pecuniæ constitutæ*. En fait, donc, dans ce cas, le constitut opérera toujours une novation. Si nous prenons maintenant le cas où, les personnes restant les mêmes, ce sont les objets qui varient, — c'était là encore une application du constitut (61), — on peut aussi affirmer que, dans ce cas, il y a novation. Le constitut n'a été conclu que pour modifier l'objet. Or, s'il était encore loisible au créancier d'exercer l'action primitive, on ne voit pas la raison d'être du constitut. Du reste, le débiteur d'une obligation alternative qui s'engageait à exécuter par constitut l'une des obligations entre lesquelles il avait le droit de choisir, ne pouvait plus, après le pacte, offrir à son créancier le désintéressement par le paiement de l'autre.

« Illud aut illud debuit et constituit alterum : an vel alterum quod non constituit, solvere possit, quæsitum est; dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutæ rei frangere. » (Papinien, livre 8 de ses questions). (62.)

Si, dans cette hypothèse d'obligation alternative, Papinien déclare qu'on ne doit pas écouter le débiteur, s'il offre d'exécuter l'obligation omise dans le constitut, car ce serait manquer à la foi qu'il doit au constitut, pour-

(61) *Digeste*, loi 1, § 5, h. t.

(62) *Id.*, loi 25, pr. h. t.

quoi n'en aurait-il pas été de même, pour le même motif, lorsque ce serait le créancier qui viendrait, après constitut, exiger du débiteur le paiement de l'ancienne dette, transformée en une nouvelle ? On aurait encore compris, à la rigueur, que, dans l'exemple cité par Papien, le débiteur ait pu encore se libérer par l'exécution de l'alternative ne figurant pas dans le constitut, puisque cette suppression de cette faculté de choisir constituerait la *durior causa, prohibée* par la règle essentielle de *pecunia debita*. Mais dans notre cas, où il n'y a qu'un objet dû, où sur l'avis commun des deux cocontractants l'objet est changé, on ne voit pas pourquoi le créancier aurait ici ce droit de demander la prestation de l'obligation antérieure. La loi 25 pr. constitue un argument *a fortiori* en faveur de notre décision. Enfin, comme complément, nous ajouterons que c'est un principe d'équité bien certain que celui selon lequel le demandeur n'est pas libre de faire ce qui est interdit au défendeur. Ce principe écrit au Digeste, s'il ne se rapporte pas précisément au cas que nous étudions, se réfère certainement à la matière de l'action *pecuniæ constitutæ*, puisque le texte qui le contient est extrait du commentaire d'Ulpien sur l'édit, du livre 27, où il est certain que le jurisconsulte s'occupait de ladite action (63). Ce texte est ainsi conçu :

(63) Voir tous les textes du livre 13, titre V, extraits du Commentaire d'Ulpien, *ad edictum*.

« Non debet actori licere, quod reo non permittitur » (ULPIEN, livre 27, *ad edictum*) (64).

En notre espèce, ce serait aussi « *fidem rei constitular frangere* », que de demander au débiteur l'exécution de l'obligation ancienne, qui n'a aucun rapport avec la nouvelle. Voilà pourquoi nous concluons que la novation devait être la règle, lorsqu'il y avait constitut portant sur un objet autre que celui figurant dans l'obligation antérieure. Dans cette hypothèse, il y a novation en droit. Dans les autres cas, lorsqu'une modalité est apposée ou lorsqu'il y a changement relatif à une modalité préexistante, il semble bien aussi qu'il y ait novation, puisque, encore ici, la raison d'être du pacte est la modification au contrat primitif.

Lorsque le constitut intervient entre des personnes autres que les sujets liés par le contrat antérieur, il faut distinguer, pour savoir s'il y a novation, suivant l'acte juridique que les parties ont voulu réaliser en constituant. Lorsqu'il y a constitut *debiti alieni*, si le nouveau débiteur a voulu libérer l'ancien en s'engageant lui-même à sa place, dans ce cas il y aura novation, puisque l'ancien débiteur ne peut plus être tenu. L'acte juridique voulu exige la suppression complète de l'ancienne action comme de l'ancienne dette ; il y a *expressio*.

Au contraire, si le constituant a eu l'intention de ne

(64) *Digeste*, livre 50, titre XVII, loi 41, pr.

s'engager qu'accessoirement, il joue le rôle de caution, et, conformément à l'intention des parties, il n'y a pas novation. Il est vrai qu'en fait il y aura bien souvent une novation, lorsque le cautionnement est réalisé par l'*adpromissio*, puisque le créancier, après avoir exercé son action contre le débiteur, ne pourra plus agir contre la caution, à cause de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Pour conserver ses droits vis-à-vis d'un répondant, que par hypothèse il a choisi solvable, il agira immédiatement contre lui, sans pouvoir se réserver un recours ultérieur contre son débiteur principal. Dans le constitut, l'inconvénient de l'effet extinctif de la *litis contestatio* n'existant pas, puisque l'action *pecuniæ constitutæ* était distincte de l'action primitive, il n'y avait novation d'aucune façon, et c'est pour ce motif que nous croyons le constitut un moyen bien supérieur à l'*adpromissio* pour se ménager une sûreté personnelle, puisqu'en donnant un nouveau débiteur accessoire plus solvable, il ne fait pas perdre au créancier les droits qu'il avait contre l'ancien débiteur principal. La loi 28, que l'on suppose se rapporter au *receptum*, — question que nous tranchons plus loin, — appuie notre manière de voir.

« Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is pro quo constituit, obligatus manet. »

Enfin, lorsqu'il y a constitut fait par le débiteur à un autre créancier, ce qui intervient dans le cas le plus ordinaire pour opérer une délégation, il y a aussi nova-

tion sous un double aspect, par changement de débiteur et par changement de créancier, de sorte que le délégataire ne pourrait plus recourir contre le déléguant et le déléguant ne pourrait plus poursuivre le délégué.

La logique de l'opération commande cette suppression de recours. La délégation emporte par elle-même novation ; par le fait qu'elle a été réalisée au moyen du constitut, l'effet juridique qu'elle produit ne doit pas, pour cela, ne pas s'ensuivre. Du reste, nous avons déjà rencontré au Code de Justinien la constitution dans laquelle les empereurs décident que celui qui est délégué pour payer s'oblige en son propre nom, et non pas à la place du débiteur déléguant.

« Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spopondit vel debitum constituit, suo nomine conveniri potest, alioquin adversus eum experiri pro chirographario debitore tuo frustra conaris. »

On ne peut dire d'une meilleure façon qu'il y a novation. Si le constitut fait à un autre créancier est une cession de créance ou une donation de la part du créancier originaire, la novation existe certainement ; elle a été dans l'intention des parties, et il y aurait dol de la part de la personne qui n'agirait pas conformément à la convention nouvelle.

En résumé, le constitut avait, dans la plupart des cas, une *fonction novatrice*, sauf dans le cas de cautionnement, et aussi lorsque, dans l'accord, il était manifeste que l'intention des parties était en sens contraire. Bodin

conclut en ce sens que les parties entre lesquelles le pacte intervient peuvent décider si le constitut emportera novation ou non, et que c'est à l'intention des parties qu'il faut se référer avant tout, pour savoir si elles ont voulu que le créancier pût encore intenter l'action *certæ creditæ pecuniæ* ou toute autre, après que le constitut a eu lieu (65).

Sous toutes ces formes, le constitut n'avait plus de raison d'être comme acte juridique distinct ; c'était beaucoup plus une forme ou plutôt un abri, un stratagème, derrière lequel les conventions pouvaient se multiplier et devenir obligatoires. A ce point de vue, il remplaçait la stipulation qui, elle aussi, avait moins en elle-même son but propre que de rendre obligatoires les conventions inefficaces, parce que sans formes. Bien plus, il était plus avantageux que cette dernière, puisqu'il n'était pas soumis au formalisme du contrat verbal. C'est pourquoi on a pu dire, non sans raison, que le constitut était la *stipulation prétorienne*. Mais cette comparaison n'est vraie que partiellement. En effet, quoique les applications du constitut aient été multiples, celui-ci était toujours, à l'époque classique, soumis à certaines restrictions qui n'existaient pas pour la stipulation. Tout d'abord, le constitut devait nécessairement reposer sur une dette ; cette exigence qui dérivait de son

(65) *Revue historique de droit français et étranger*, 1866, t. XII, p. 209-228.

origine même, a subsisté jusqu'à la fin. La stipulation était un contrat obligatoire, ne reposant pas sur l'existence d'une dette antérieure. Il servait à faire naître les obligations, là où aucun rapport n'existait déjà. Le constitut avait eu un domaine d'application limité aux dettes de sommes d'argent, avant de comprendre, par suite de l'extension donnée au mot *pecuniæ*, les choses fongibles en général. La stipulation pouvait s'appliquer à tout objet, meuble ou immeuble, corps certain ou « genus ». Enfin, par le fait que le constitut s'appliquait nécessairement à une dette préexistante, il ne pouvait jouer le même rôle que la stipulation en matière de cautionnement. La personne qui s'engageait par constitut à garantir une dette ne se portait caution que dans la mesure où la dette existait déjà, et pour son montant actuel, tandis que le fidejusseur, qui s'engageait au moyen de la stipulation, s'obligeait d'avance à garantir la dette, quel qu'en fût le montant à l'échéance. Sur tous ces points, le constitut présentait une infériorité sur la stipulation et faisait préférer cette dernière. Voilà pourquoi les jurisconsultes classiques ont écrit encore sur ce contrat des plus importants, et qu'au Digeste, le livre 45, titre I^{er}, est consacré aux obligations *verbis*, et qu'enfin, au livre 46, nous lisons la rubrique du titre I^{er} qui est « de Fidejussoribus et mandatoribus ». Et ceci nous expliquera surtout aussi pourquoi, quand le prêteur a voulu obliger une personne à prêter quelque chose au profit d'une autre, il s'est servi du moyen fourni par le droit civil qu'est la

stipulation, et non du pacte de constitut, procédé prétorien, mais que les exigences de l'origine ne lui permettaient pas d'employer. L'emploi du constitut n'a donc pas fait perdre au vieux contrat verbal toute son importance ; il a coexisté avec le pacte, et chacun a eu son champ d'application limité et défini (66).

(66) LESCOEUR. *Cours autographié de Pandectec*, p. 223.

CHAPITRE II

FONCTION ÉCONOMIQUE DU CONSTITUT

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, le constitut paraît exister à titre de pacte prétorien déjà à l'époque de Cicéron, c'est-à-dire vers le milieu ou la fin du vi^e siècle de l'ère romaine (66 *bis*). C'est à ce moment aussi que l'on voit sanctionner par le droit civil les grands contrats qui ont été bien plus utiles, grâce aux rapports avec les pays étrangers et qui appartiennent au *jus gentium*. Le constitut, à vrai dire, peut aussi être classé dans cette catégorie : non pas qu'il soit véritablement un contrat du droit des gens, au même titre que la vente, mais la nécessité qui a fait usiter cette dernière a, du même coup, fait désirer un moyen plus rapide et moins solennel que la *stipulation* et l'*expensilatio* pour rendre obligatoires les promesses unilatérales relatives au crédit.

Ce moyen, les praticiens le trouvèrent dans le constitut. Les termes de l'édit du préteur s'accommodaient du rôle que l'on voulait lui faire jouer, puisqu'ils ne comprenaient que le fait d'avoir constitué. Cela suffisait pour que l'action pût être intentée. On se servit donc

(66 *bis*). Entre l'an 106 et l'an 43 avant J.-C.

du pacte comme d'une façon, d'une forme générale destinée à sanctionner les accords commerciaux, et, à ce point de vue, le constitut eut un rôle plus considérable que la stipulation, puisque la forme verbale était une gêne des plus grandes pour le trafic.

Une des applications primordiales du constitut consista dans la facilité avec laquelle des personnes pouvaient faire passer de l'argent d'un lieu à un autre sans qu'il y ait eu, en somme, de transport matériel d'espèces. Cette conséquence résultait de la délégation. Le délégué et le délégataire résidant par hypothèse dans le même lieu, le premier payait au second la somme qu'il devait au déléguant, et ainsi tout risque de perte était écarté. Cette opération pouvait avoir lieu par l'intermédiaire d'un banquier, occupant la même ville que le délégataire, qui le désintéressera, et elle se faisait au moyen du *receptum argentariorum*. Mais, entre particuliers, elle ne devait pas être moins fréquente. D'autre part, si le délégataire avait, lui aussi, à solder une dette, il pouvait, conformément à la définition de la délégation, désigner un tiers son créancier au délégué, lui donnant l'ordre de se libérer entre ses mains. Et ainsi de suite, l'opération pourra se continuer, et s'il arrive par hasard que le dernier délégataire soit en même temps débiteur du délégué, alors l'opération se résoudra finalement en une compensation. De cette manière, tous les rapports intermédiaires seront supprimés et aucun déplacement de numéraire

n'aura eu lieu. Si l'on songe que, dans l'antiquité, la monnaie n'était pas très considérable et qu'il fallait autant que possible en éviter la perte, le constitut, dans ce rôle, a eu une importance spéciale, et chaque fois que le délégataire donnait l'ordre au délégué de payer à un autre, ce délégué constituait la somme due encore une fois. Plusieurs constituts successifs pouvaient ainsi avoir lieu de la part de la même personne, le dernier seul devant être exécuté, puisque la novation était considérée comme de droit. Lorsque le constitut pût réaliser ces opérations de remise de place à place, alors on peut dire que les titres de créance apparurent dans la vie économique, d'autant plus que, pour faciliter la preuve, le pacte devait revêtir la forme de l'*epistola*. Les valeurs circulèrent, et la présentation du titre était, sans doute, comme de nos jours, la manifestation du désir d'être payé. « Il tend à mobiliser les créances, à les arracher aux cadres étroits et individuels où elles ont pris naissance, à les débarrasser de leur caractère concret pour les rapprocher de nos valeurs modernes, de nos valeurs transmissibles, passant de main en main comme nos lettres de change (67). »

C'était bien un endossement que l'acte qui consistait à augmenter le nombre des créanciers. Les juriscultes ne nous ont pas conservé la teneur de ces actes que, pour le temps, on peut désigner sous le nom d'« ef-

(67) PLATON, *op. cit.*, p. 184.

lets de commerce » : mais, à la lecture des quelques fragments contenant des exemples de constituts réalisés *per epistolam*, on peut bien se figurer un peu quelle devait être la teneur de ces titres. Dans la loi 5, § 3, Julien rapporte un constitut fait dans ces termes :

« Titius epistolam ad me talem emisit : Scripsi me *secundum mandatum* Seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum *sine controversia*. »

Titius s'engage à payer sans discussion, sur l'ordre de Seius, tout ce qui pourra être dû. Le mot « *mandatum* » donne l'idée de la clause à ordre de nos lettres de change.

Le débiteur pouvait s'engager aussi à payer une dette tel jour à son créancier. Dans ce cas, le constitut pouvait servir à réaliser une reconnaissance de dette avec prise d'un jour pour le paiement. Ce n'était que le constitut primitif. Mais le créancier pouvait lui signifier d'avoir à payer à un autre auquel il était lui-même redevable, sans qu'un nouveau pacte intervînt. Le constituant qui s'était primitivement obligé à payer entre les mains de son créancier recevait l'ordre de ce dernier de se libérer envers un tiers. Or, ici, nous trouvons une forme de billet à ordre. Dans toutes ses applications, le constitut remplit un rôle commercial économique de premier ordre, pour les motifs que nous avons donnés ci-dessus. Mais, à côté du pacte de constitut, existait aussi un autre pacte prétorien, le *re-*

ceptum, conclu par les banquiers et qui avait une application économique bien définie. A l'inverse du constitut, le *receptum* était un acte juridique ayant en lui-même sa raison d'être. C'était l'engagement que prenait un banquier de payer la dette de son client, que celle-ci fût réelle ou fictive, que l'*argentarius* fût ou non débiteur de ce client. Dans ce dernier cas, il y avait une avance, un prêt consenti par le banquier à son client. C'est ce que nous appellerions aujourd'hui une *ouverture de crédit*. Cette opération devait être fréquente aux temps où les Romains soldaient presque toutes leurs dettes par l'intermédiaire des banquiers, mais elle ne pouvait être réalisée au moyen du constitut. Le débiteur ne pouvait être tenu envers le créancier ou un autre, que s'il avait déjà contracté une dette envers son créancier. Sur ce point, le constitut était inférieur à la fois à la stipulation et au « *receptum argentariorum* ». Mais, malgré ces imperfections, le constitut jouait un rôle économique considérable, en ce sens que beaucoup d'opérations pouvaient avoir lieu par son intermédiaire et que toute personne pouvait faire un constitut.

CHAPITRE III

L'ACTION PECUNIE CONSTITUTÆ.

§ 1^{er}. — *L'édit.*

Autant le pacte de constitut était simple à conclure, autant la procédure qui le sanctionnait était, d'apparence tout au moins, longue et compliquée, ainsi que nous pouvons le déduire de l'état actuel des sources, car nous ne possédons sur ce point que des renseignements fragmentés, incomplets, peut-être inexacts, pour l'époque dont nous nous occupons.

D'abord, pour essayer de se faire une idée générale sur cette procédure, il convient de se reporter à l'édit qui la prévoyait, et dont les fragments nous ont été conservés au Digeste par les commentaires des jurisconsultes. A l'aide de ces morceaux disséminés, il importe de chercher à constituer un ensemble qui nous représente autant que possible la teneur de l'édit, à l'époque classique.

D'abord, si nous prenons la loi 1^{re} d'Ulpien, livre 27, *ad edictum*, au § 1^{er} nous avons une phrase ainsi conçue : « Ait prætor : Qui pecuniam debitam constituit. » Ces mots semblent bien se référer au cas dans lequel l'action est donnée. Ulpien commente ces mots.

La question à se poser est la suivante : Sommes-nous ici en face des paroles textuelles inscrites sur l'album ? Il est à remarquer que la plupart des édits étaient rédigés sous cette forme. Mais chaque mot nous est-il parvenu dans son intégrité ?

L'attention semble se porter sur le mot « *debitam* ». Nous avons déjà dit, dans la première partie, que le constitut, à son origine, s'appliquait aux dettes d'argent exigibles. Or ces dettes exigibles se groupent sous l'appellation de « *pecunia credita* ». Gaius, au commentaire 3, § 124, de ses Institutes, dit en effet que la *pecunia credita* est celle qui est due sans aucune condition, c'est-à-dire qui est due certainement. Or le constitut ne pouvait avoir lieu que pour une dette exigible à son origine, au moins, d'où l'on conclut que l'édit aurait été rédigé de la façon suivante :

« Qui pecuniam *creditam* constituit... »

Telle est la restitution qu'ont donnée Bruns et Rudorff (68). M. Lenel, dans sa reconstitution de l'« *Edictum perpetuum* », admet que l'édit, avant d'être codifié par Julien, devait porter le mot « *creditam* ». Ce ne serait donc que le rédacteur de l'Edit perpétuel qui aurait fait la substitution dont nous trouvons la trace au Digeste. Cette conjecture paraît assez vraisemblable, puisque, à l'époque classique, le constitut d'une dette

(68) BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. I^{er}, p. 47. —
RUDORFF, *Edicti perpetui*, t. 97, p. 106, note 4.

conditionnelle est possible (loi 19, pr.). Mais on pourrait se demander si le constitut n'est pas fait précisément pour le cas où le *debitum* deviendrait *creditum*, par suite de la réalisation de la condition. Dans ce cas, on pourrait dire que le constitut n'a jamais pu être appliqué aux dettes conditionnelles, et la décision de Justinien prouve bien que l'on hésitait sur cette question. De la sorte, le mot « *creditam* » n'aurait pas eu besoin d'être remplacé par un autre plus approprié. Du reste, il est rare que les prêteurs se soient bornés uniquement à substituer un mot à un autre : autant vaudrait, dans ce cas, faire un édit nouveau, ayant un domaine d'application plus étendu. Nous serions plutôt de l'avis de Bruns et de Rudorff, qui estiment que la version « *creditam* » a toujours existé depuis l'introduction de l'action dans l'édit, jusqu'à la codification.

Il resterait enfin à se demander si la différence existant entre les deux mots « *creditam* » et « *debitam* » peut justifier la préférence que les auteurs précités lui attribuent. Or le mot « *credita* » se rapporte plutôt à la créance, à l'obligation considérée par rapport au créancier, tandis que le mot « *debitam* » se rapporte à la dette, à l'obligation considérée par rapport au débiteur.

De plus, le contraire de « *debitum* » est « *indebitum* », d'où l'on peut induire que « *debitum* » semble bien signifier « ce qui est dû ». Alors, pourquoi, dans le texte de l'édit, le prêteur n'aurait-il pas écrit ces

mots : « *qui pecuniam debitam* », surtout qu'il s'agit d'un acte passé par le débiteur ? Sans doute, les auteurs qui ont proposé la restitution « *creditam* » ont voulu, de cette manière, donner un appui à leur concept sur le rapport de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, mais, sous ce jour, ce rapport peut tout aussi bien exister, quoique dans l'édit auraient été écrits les mots « *pecuniam debitam* », puisque ici on envisage la dette, tandis que, dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*, c'est la créance que l'on considère.

Nous ne voyons aucunement, en définitive, pourquoi une autre reconstitution que celle qui figure au Digeste serait préférable. Nous nous en tenons à cette version, qui est celle de M. Lenel, sans toutefois diviser notre proposition comme il le fait lui-même, en supposant que le mot « *debitam* » n'aurait été placé dans l'édit qu'à la suite de la codification de Julien.

Continuant notre recherche, nous rencontrons dans la loi d'Ulpien, pr., les mots : « *Qui autem constituit se soluturum* ». Il est possible, il est probable même qu'ici nous sommes encore en présence d'un débris de l'édit. Dans la loi 1^{re}, § 1^{er}, d'Ulpien, le jurisconsulte commente le début de l'édit relatif à la personne qui peut faire un constitut, puis à l'objet du pacte. Il continue ce commentaire au fragment 14, pr. Le mot « *constituit* » appelle évidemment un complément qui ne peut être que l'objet du constitut, c'est-à-dire le paiement d'une dette, d'où le mot « *soluturum* ». Le constitut, à

son origine, ne pouvait avoir pour objet que l'exécution d'une dette ; le commentaire de Théophile et les *Basiliques* sont à l'appui de cette proposition (69).

A la vérité, nous ne croyons pas que, dans l'édit, ait dû exister un autre complément relatif à un objet différent. Cette idée pourrait venir de ce fait qu'Ulpien, au § 1^{er} de notre loi, continue en ces termes : « Si quis constituerit *se pignus daturum* ». On pourrait, en face de ce membre de phrase, être porté à croire que la possibilité de s'engager par constitut, à fournir un gage à son créancier, aurait été expressément donnée par l'édit. Certains auteurs l'ont cru, entre autres M. Girar (79), et M. Lenel (71). Nous ne pensons pas que cette restitution soit exacte, car Ulpien ajoute aussitôt après : « *cum utilitas pignorum inrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti.* » A l'époque classique, on discutait sans doute sur la faculté de donner une promesse de gage à son créancier par constitut. Les expressions ci-dessus le prouvent, et il apparaît bien que c'est à cause de l'utilité de ce constitut que la pratique l'a admise. Donc ce constitut n'aurait pas eu

(69) BRUNS, *op. cit.*, p. 36, reconstitue ainsi l'édit ; exemples de cette construction au *Digeste*: lois 2, 4, 5 pr., § 1^{er} ; fr. 4, 6, 8, 13, 14 pr., § 1^{er}, § 2 ; fr. 18, § 1^{er} ; fr. 19, § 2 ; fr. 21 pr., § 2 ; fr. 28.

(70) Textes, p. 150, § 97. M. CUQ ne prend pas parti. *Inst. jur.*, II, p. 455, note 8.

(71) *Edictum perpetuum*, § 97, titre XVII, p. 286 ; édition allemande, p. 241.

sa consécration du prêteur, il serait dû à l'interprétation des jurisconsultes ; nous serions en face d'une application du constitut.

Il en serait de même du § 2, où Ulpien s'occupe de l'hypothèse où le débiteur promet qu'une personne se portera fidéjusseur. La remarque qu'Ulpien fait à propos de cette question, s'appuyant sur l'opinion de Pomponius, prouve bien que nous sommes encore ici en présence de l'interprétation de l'édit par les jurisconsultes, qui a triomphé définitivement sous Ulpien.

« Sed et si quis certam personam fidejussoram pro se constituerit, *nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit.* »

Mais, dira-t-on, jamais à l'époque classique le constitut n'a pu avoir pour objet un fait tel que de promettre un gage ou un fidéjusseur, puisque c'est seulement Justinien qui a décidé que le constitut aurait le même champ d'application que la stipulation. Sans doute, en lui-même, ce constitut se rapporte à un fait, mais ce fait est destiné à procurer au créancier la satisfaction qu'il est en droit d'attendre du constituant ; le gage et le fidéjusseur sont, pour le créancier, des moyens d'être désintéressés. Le débiteur, qui s'engage à les fournir, exécutera par là même son obligation indirectement, puisqu'il ne paiera pas lui-même, mais par l'intermédiaire de la satisfaction qu'il procure au créancier. La promesse de *satisfacere* se rapporte à la dation d'une « certa pecunia ». Voilà pourquoi, par une extension

naturelle de l'édit, les jurisconsultes considérèrent le constitut, par lequel un débiteur s'engage à livrer un gage ou à procurer un fidéjusseur à son créancier, comme n'étant en somme qu'une application du constitut de paiement, une sorte de constitut de paiement indirect. Voilà pourquoi ils ont, après quelque doute, pensé qu'il était valable. Mais les hésitations mêmes qu'ils manifestent démontrent que le préteur ne l'avait pas prévu dans son édit. Nous préférons aussi la théorie de M. Karlowa (72), qui pense que la teneur de l'édit était la suivante.

« Qui pecuniam debitam constituit se soluturum. »

Après cette phrase, qui indique le fait du constitut, le préteur devait promettre une action. Selon la rédaction générale de ces édits, cette partie devait être composée ainsi : « in eum judicium dabo. » L'édit complet aurait eu ainsi la forme suivante :

« Qui pecuniam debitam constituit se soluturum, in eum judicium dabo. »

Pourquoi le passage relatif à la concession de l'action n'a-t-il pas été commenté par les jurisconsultes ? C'est qu'il n'offrait aucune particularité, qu'il était conçu dans les formes générales employées par le préteur dans cette matière.

(72) *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, p. 1375 et 1379.

§ 2. — *La formule.*

Les jurisconsultes s'occupent de la formule, en lui consacrant de longs développements, lorsqu'ils commentent le modèle proposé dans l'album à la suite de l'édit. Une grande partie de cette formule se trouve dans le fragment 16, § 2. Elle est ainsi conçue :

« Si appareat eum qui constituit neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit, quominus fieret quod constitutum est. »

Cette formule bizarre par sa construction, dont le verbe est au subjonctif et dont aucun temps ne concorde, mérite quelque suspicion: et, en face de cette phrase, il est peut-être permis de penser qu'elle n'est pas l'exacte reproduction de la formule de l'album. A cause du temps inattendu que l'on rencontre au début, on aurait l'idée de rattacher ce membre de phrase à celui que nous avons rencontré plus haut, et que nous avons dit être celui de l'édit au sens étroit, de sorte que la loi 16, § 2, ne serait que la continuation du fragment 14, pr. (73). Nous aurions alors l'édit suivant :

« Qui pecuniam debitam constituit se soluturum, si appareat eum qui constituit neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit, quominus fieret quod constitutum est, in eum iudicium dabo. »

De la sorte, nous aurions trois parties, commentées

(73) En ce sens, cf., KARLOWA, *op. cit.*, II, p. 1575. ,

séparément, la première dans la loi 1^{re}, § 1^{er}, et dans la loi 14, pr. ; la deuxième dans la loi 16, § 2, et la troisième dans la loi 18, § 2 (si l'on veut rattacher aussi cette phrase : « eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse » au texte de l'édit).

Il s'ensuivrait aussi que nous ne posséderions pas la formule de l'action. En face d'un tel édit, on pourrait supposer qu'il est un peu encombré par des détails inutiles dans de tels règlements. Le préteur, quand il promet de donner une action, le fait avec moins d'emphase et avec plus de sens pratique. Le préteur subordonne l'action ou tout autre moyen de droit qu'il met à la disposition d'une personne lésée, à la réalisation d'un certain fait. En notre cas, le préteur avait dit, par exemple : J'organiserai l'instance et je nommerai un juge pour le cas où quelqu'un se serait engagé par constitut à solder une dette préexistante. C'est là généralement la teneur de l'édit. On ne s'explique donc pas, pour l'action *pecuniæ constitutæ*, une rédaction différente, surtout aussi embarrassée que celle que nous avons décrite ci-dessus. D'autant plus que la plupart des conditions mises à l'exercice de l'action pourraient être communes à n'importe quelle action, soit civile, soit prétorienne. Le point principal sur lequel l'action était donnée était le fait d'avoir fait un constitut ; or nous trouvons cette condition indiquée au fragment 1^{er}, § 1^{er}, à la suite des mots : « ait prator ». C'est la conclusion d'un constitut.

Déjà Bruns avait eu de la peine à relier ensemble ces membres de phrases séparés, et il avait déjà considéré comme impossible cette énumération de conditions, parce que ce n'est pas au prêteur à vérifier tout cela, mais au juge (74). Mais il ne reste pas de cet avis, et, à la fin du chapitre II, consacré à l'édit, Bruns estime qu'il faut réunir ces deux parties disséminées (75).

Quant à nous, nous pensons qu'il faut séparer complètement le § 2 de la loi 16 du § 1^{er} de la loi 1^{re}, et nous concluons que, dans ce dernier passage, il est question uniquement de la promesse de sanctionner le constitut, et, dans le premier seulement, de la formule de l'action proposée dans l'album, en exécution de l'édit.

Ayant ainsi fait la démarcation entre ces deux textes, nous devons maintenant nous attacher à la loi 16, § 2, et nous demander si nous sommes bien en face de la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*. Les raisons qui pourraient faire douter sont les suivantes : d'abord le temps que nous trouvons au début, qui indiquerait plutôt la présence d'une phrase incidente ; puis la façon d'indiquer l'acte, objet du litige, la non-concordance des temps, enfin la lourdeur générale de la proposition, qu'on n'est pas habitué à trouver dans l'album. Le caractère de l'édit prétorien est d'être précis ; en effet, dans la formule, le prêteur indique au juge, suivant la

(74) *Op. cit.*, p. 46.

(75) *Op. cit.*, p. 48.

manière dont il se sert, le fait en vertu duquel le demandeur prétend intenter l'action. Or, dans notre cas, nous n'avons aucune indication de ce genre. Il n'est question ni d'un droit réclamé par le demandeur, caractérisé par les mots : *dare oportere*, ni d'un fait principal duquel découleraient naturellement les motifs de l'action. Nous n'avons qu'une énumération de conditions, et non pas la raison d'être même de l'action. Pour toutes ces raisons, nous ne croyons pas devoir ajouter foi à cette citation, qui nous est présentée pourtant par Ulpien comme les paroles mêmes du prêteur.

On peut d'abord, par une négation radicale, dire que nous n'avons ici aucune reproduction de la formule, et que c'est un commentaire de l'idée plutôt que du texte même. A l'appui, on ajoute que les fragments du Digeste ne nous ont pas conservé, en général, des formules de ce genre. Sans doute, les compilateurs n'ont pas eu besoin de conserver ces formules dont l'utilité était nulle à leur époque; mais les jurisconsultes classiques peuvent, en rapportant les principaux passages, avoir commenté ces formules. Ce serait en face de commentaires de ce genre que nous nous trouverions, sans pouvoir affirmer que telle était bien la teneur de l'édit.

Comparant ces fragments avec les modèles de formules que Gaius nous a transmis dans leur texte véritable, nous pourrions essayer, en nous basant sur les fragments du Digeste rapportés par Ulpien, de recon-

stituer la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*. Nous avons dit que cette action présentait de grandes analogies avec l'action *certæ creditæ pecuniæ*; or n'y aurait-il pas moyen, en se servant de la formule de cette dernière, de rétablir celle de la première? Nous possédons la formule de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, qui nous est rapportée par Gaius, au commentaire IV des Institutes et notamment au § 41, où il s'agit de la *condemnatio*. Cette formule est ainsi conçue :

« Si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere, judex N. N. A. A. sestertium decem millia condemna, si non paret, absolve. »

Or la formule de l'action *pecuniæ constitutæ* ne se serait-elle pas rapprochée de celle de l'action *certæ creditæ pecuniæ*? Il est permis de penser que l'action dont nous nous occupons, étant une action prétorienne, devait, à ce titre, être conçue de la façon dont Gaius nous présente ces actions. Le début est toujours formé par les mots : « si paret ». Il n'y a aucune exception à ce principe. Puis viennent le fait duquel l'action dérive, rapporté très brièvement, et l'ordre donné au juge de condamner ou d'absoudre, si les faits mentionnés dans l'*intentio* se trouvent vérifiés ou non. Telle est la structure générale, invariable dans ses grandes lignes de l'action *in factum*. Prenant ce modèle pour exemple, essayons de faire revivre, dans son texte original, la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*. Nous aurions ainsi un texte :

« Si paret N. N. A. A. decem millia constituisset so-

lurum, judex N. N. A. A. quanti ea res est, condemna, si non paret, absolve. »

La seule question posée au juge par le prêteur était celle de savoir si le défendeur avait fait un constitut ; toutes les autres ne devaient être que des questions accessoires, faites par le prêteur, sur la demande de l'une ou de l'autre des parties, soit sous forme d'exception, soit sous forme de répliques ou de dupliques. En effet, le prêteur aurait pu, indépendamment de la formule principale, mentionner sur l'album des *adjectiones*, qu'il insérerait dans la formule délivrée au plaideur, sur la demande du demandeur ou du défendeur. De cette façon, la formule de l'action *pecuniæ constitutæ* n'est plus une anomalie, elle appartient au groupe général très nombreux des actions *in factum*, prétoriennes (76).

§ 3. — *La sponsio.*

Ayant ainsi reconstitué l'édit et la formule d'action, demandons-nous si l'édit perpétuel ne contenait rien d'autre au sujet de l'action *pecuniæ constitutæ*. Au témoignage de Gaius, commentaire IV, § 171, il était permis, en manière de *pecunia credita* et de *pecunia constituta*, de faire la « sponsio ».

« Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecuniâ certa credita et pecunia consti-

(76) Voir la restitution de M. Lenel, *Edictum perpetuum*, p. 291, titre XVII, § 97, édition allemande, p. 244.

luta, sed certæ creditæ pecuniæ tertiæ partis constitutæ vero pecuniæ partis dimidiæ. »

La *sponsio* jouait donc un rôle en matière de *pecunia constituta*, rôle des plus controversés, dont le seul texte précité nous atteste et l'existence et la nature. Probablement cette permission était-elle accordée par le prêteur, dans l'édit, sous une forme que l'on reconstitue habituellement ainsi :

« Partisque dimidiæ sponsionem et restipulationem facere permittam » (77).

La *restipulatio* dont il est question se trouve mentionnée au § 180, d'une manière générale, mais le nom semble bien indiquer qu'elle est la contre-partie de la *sponsio* et qu'elle doit s'ajouter à elle. Du reste, le nom général de *sponsio* convient à la réunion de ces deux promesses réciproques. Enfin il est permis de croire, en s'appuyant sur le fragment 36, livre 12, titre 2, du Digeste, sur le fragment 14 même titre, sur le fragment 25, livre 13, titre 5, que l'édit devait contenir une clause sur la délation du serment.

Sur tous ces points, l'action *pecuniæ constitutæ* était semblable à l'action *certæ creditæ pecuniæ*, ressemblance qui se traduisait encore par ce fait que notre action était, après la codification de Julien, placée au titre « de Rebus creditis » immédiatement après la for-

(77) Voir LENEL *Edictum perpetuum*, titre XVII, § 97, p. 287, T. I^{er}, p. 242, édition allemande. — GIRARD. *Textes*, p. 150, § 97.

mule de l'action « de eo quod certo loco », qui venait elle-même prendre place après l'édit « si certum petetur ». Ce rapport se traduisait encore par le fait que les jurisconsultes s'occupaient de ces deux actions dans des livres voisins de leurs commentaires sur l'édit. Ainsi Ulpien traite de la matière générale des *res creditæ*, au livre 26, et du constitut au livre 27. Paul s'en occupe au livre 28 et au livre 29, Julien au livre 10 et au livre 11 de ses *Digesta*. Dans la reconstitution actuelle de l'*Edictum perpetuum*, le titre XVII consacré aux « *res creditæ* » comprend : au § 95 relatif au « si certum petetur », une clause sur le serment au § 96, ce qui concerne l'action *de eo quod certo loco* et enfin, au § 97, l'édit *de pecunia constituta*.

Après avoir ainsi exposé d'une manière brève les principales clauses de l'édit, nous allons reprendre une à une ces clauses : la formule, la sponsio, le serment, pour nous demander à leur sujet la raison de leur existence et l'intérêt qu'il pouvait y avoir pour le demandeur à agir au moyen de cette procédure, au lieu de se servir d'une autre.

SECTION PREMIÈRE. — L'ACTION.

En intentant l'action *pecuniæ constitutæ*, le demandeur lésé par la mauvaise foi du défendeur prétendait, avant tout, être indemnisé du retard que lui avait causé la non-exécution du pacte au jour fixé, ainsi que l'obli-

gation d'agir en justice. Le constituant n'avait pas mérité la confiance du créancier, il n'avait pas rempli son obligation ponctuellement, suivant l'attente du créancier. Par ce fait, il était obligé de réparer ses torts, et tel était proprement l'objet de l'action dont nous allons maintenant entreprendre l'étude.

Selon la façon d'introduire les procès à l'époque classique, le demandeur sollicitait du magistrat, après lui avoir exposé la raison de recours, la délivrance d'une formule. Nous avons rétabli ci-dessus cette formule, et nous allons successivement parcourir chacune de ses parties pour savoir quel était le véritable caractère de notre action.

§ 1^{er}. — *L'intentio*.

D'abord, l'« *intentio* », que contenait-elle ? Comment était-elle rédigée ? Une action prétorienne pouvait, suivant les cas, avoir deux rédactions différentes à ce point de vue. Ou bien elle supposait que le demandeur avait un droit à faire valoir, comme dans les actions données par le droit civil, ou bien elle mettait le juge en face d'un fait, sur l'existence duquel il devait se prononcer avant de rendre sa sentence.

Dans notre cas, il aurait été assez naturel que le préteur eût eu recours à la première forme. L'action *pecuniæ constitutæ*, en effet, n'était qu'un dérivé de l'action *pecuniæ certæ creditæ*, qui était une action civile, *in jus*.

Le préteur aurait donc pu introduire dans l'*intentio* une fiction, en vertu de laquelle le juge aurait eu à rendre sa sentence, comme s'il s'agissait de *pecunia certa credita*. Le préteur pratiquait, en effet, la loi de l'économie des moyens, ce qui faisait que lorsqu'il avait une action civile à sa disposition, il ne créait pas de toute pièce une action nouvelle, mais il adaptait la première à la fonction spéciale qu'il voulait lui faire jouer, en introduisant une modification dans la formule. De cette façon, on eut les actions fictives dont Gaius parle au commentaire IV, § 34. Mais, parmi les actions qu'il cite, — et il semble bien qu'il n'y en ait pas d'autres — il ne fait pas allusion à notre action. Du reste, on ne voit pas bien, en l'espèce, à quoi aurait servi l'*intentio* contenant la fiction, et quelle aurait été cette fiction.

En créant l'action *pecuniæ constitutæ*, le préteur voulait donner un nouveau moyen d'agir. Toutefois, le demandeur aurait pu intenter l'action *certæ creditæ pecuniæ* et, si le préteur voulait lui donner un nouveau moyen d'agir, ce n'était pas pour permettre au juge de statuer comme s'il s'agissait de *pecunia certa credita*. L'action *pecuniæ constitutæ* devait donc appartenir à la deuxième classe, c'est-à-dire aux actions *in factum*, actions très nombreuses, au témoignage de Gaius, qui constituaient le moyen le plus habituel de sanction du droit prétorien. L'*intentio in factum concepta* avait la rédaction suivante :

« Si paret N. N. A. A. decem millia constituisse. »

Le préteur demandait au juge de vérifier s'il était vrai que le défendeur avait fait un constitut. C'était là uniquement la question posée au juge et toutes les conditions rapportées par Ulpien desquelles devrait dépendre la condamnation ne doivent pas, selon nous, se rattacher à l'*intentio*. La somme d'argent due, ou la quantité de choses fongibles, objet du constitut, figurait-elle dans l'*intentio* ?

Le demandeur prétendait que le défendeur lui avait promis de lui payer telle somme ou de lui donner un certain nombre de choses de genre, prétention qu'il aurait pu faire valoir au moyen de l'action *certæ creditæ pecuniæ* ou *certæ rei*, dans laquelle l'*intentio* était *certa*. Par le fait que le demandeur use de l'action prétorienne, l'*intentio* n'en demeurerait pas moins *certa*, puisque c'est toujours le même objet qui figure dans l'une et l'autre réclamation. Lorsque le débiteur avait promis de donner un gage ou un fidéjusseur au créancier, l'*intentio* était toujours la même car ce n'était qu'après la rédaction de l'édit que la pratique avait étendu le constitut à ce cas ; et , sans doute, malgré l'apparence d'un objet différent au fond, il s'agissait toujours d'une promesse relative à l'exécution d'une obligation. D'un côté, c'était le débiteur lui-même qui s'engageait ; de l'autre, il promettait qu'un tiers garantirait sa dette ou encore, il s'engageait à donner un pignus. De toutes manières, le créancier pouvait toujours intenter l'action *pecuniæ constitutæ*, soit pour être désintéressé immédiatement,

soit pour obtenir la satisfaction à laquelle il a droit et qui lui permettra de récupérer les sommes ou les objets que son débiteur lui devait (78).

Ici une question se pose. Quelle était la rédaction de l'*intentio*, quand le débiteur avait promis par constitut de payer une dette, dont le montant n'était pas encore liquidé, ou bien quand l'auteur d'un délit s'engageait dans la même circonstance à indemniser la victime ? (79). En effet, il n'était pas nécessaire de fixer le quantum de la dette, pourvu que son existence fût prouvée.

« Qui autem constituit se soluturum, tenetur, sive ad-jecit certam quantitatem, sive non. » (Loi 14, pr.).

Mais on peut dire que le jour de l'échéance le montant devient certain, et qu'alors, si le débiteur ne paie pas, le créancier pourra demander au prêteur une formule dans laquelle il prétendra avoir une créance de telle valeur. La possibilité de faire un constitut sans indiquer la quantité de choses dues n'a donc aucune influence sur la réaction de l'*intentio*, qui sera toujours *certa*. Puis le passage cité plus haut se comprend aussi de la façon suivante : « Celui qui a constitué une dette est obligé, soit qu'il ait ou non fait mention d'une somme déterminée ». La dette n'en existe pas moins et sa valeur n'est pas pour cela ignorée à cause de cette omis-

(78) Voir loi 14, § 2. — KAPPEYNE VAN DE COPELLO, p. 219, III. Abhandlung.

(79) Voir la loi 29.

sion. Donc dans toutes les applications du constitut, l'*intentio* était toujours *certa* puisque dans tous les cas, il s'agissait d'une promesse portant sur des choses « *quæ in pondere, numero, mensura consistunt* », choses fongibles, déterminées dans le pacte même ou déterminables au moment de la délivrance de la formule.

§ 2. — *La condemnatio.*

La *condemnatio* suivait immédiatement l'*intentio*. Des questions nombreuses et plus délicates surgissent ici.

D'abord, à l'*intentio certa*, correspondait-il une *condemnatio certa*? Dans les actions *certæ creditæ pecuniæ*, la *condemnatio* était en conformité avec l'*intentio*. Le juge n'avait aucun pouvoir de tenir compte des circonstances ; le prêteur lui-même ne pouvait donner au juge une initiative qu'il ne possédait pas. Sur ce point, l'action *pecuniæ constitutæ* se sépare très clairement de la *condictio certæ pecuniæ*. Le prêteur donnait au juge le pouvoir d'estimer le dommage causé par la mauvaise foi du constituant et de le condamner à le réparer. Nous n'avons pas, toutefois le modèle de cette *condemnatio*, alors que les commentaires mentionnent ce que l'on pourrait appeler l'*intentio*. C'est sans doute qu'elle n'avait rien de particulier. Mais nous pouvons dire qu'elle était conçue d'une manière large, pour que le juge pût évaluer la réparation pécuniaire, de la façon la plus avantageuse pour le créancier. Ce devait être une *condemnatio sine taxatione*, c'est-à-dire sans limitation à

un taux plus ou moins élevé. L'innovation prétorienne n'aurait pas eu l'ampleur désirable si le créancier n'avait pu demander et obtenir que la somme exactement promise au moment du constitut. Dans ce cas, une action spéciale n'était pas nécessaire : le créancier n'avait qu'à intenter l'action *certæ creditæ pecuniæ*, qui lui donnait droit à obtenir la valeur qu'il sollicitait dans l'*intentio*.

Si le prêteur a créé l'action *pecuniæ constitutæ* il faut, en logique, supposer qu'il l'a fait pour changer quelque chose dans l'ordre normal de la procédure de *pecunia credita* ; à moins qu'on aille jusqu'à dire que l'action *pecuniæ constitutæ* n'existait pas indépendamment de l'action *certæ creditæ pecuniæ* ; que c'était seulement la *sponsio* qui, dans un cas, était élevée du tiers à la moitié, comme le soutient Kappeyne van de Copello (80). Or ceci est directement contraire à ce que dit Gaius, commentaire IV, § 171, aux Institutes de Justinien, où l'action nous est présentée comme action prétorienne, à côté de l'action de *peculio*, qui avait, elle aussi, un domaine d'application délimité.

Or, l'action *pecuniæ constitutæ* se séparait de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, non seulement par la *sponsio*, sur laquelle nous possédons des renseignements, bien qu'ils soient des plus généraux et des plus vagues, mais aussi par la *condemnatio*, au sujet de laquelle les

(80) *Op. cit.*, p. 208, III, Abhandlung.

sources ne nous renseignent aucunement et que nous devons chercher à déterminer.

En général, la *condemnatio*, dans les formules d'actions prétoriennes, est conçue de la manière la plus différente, suivant chaque hypothèse. Le préteur veut-il satisfaire tel droit lésé, veut-il réprimer telle faute, il agira et dressera une clause destinée à réparer le tort causé. Suivant le but que le préteur se propose, la *condemnatio* est pénale ou réipersécutoire. Or, dans notre cas, il n'est pas douteux que le préteur a voulu punir la mauvaise foi du constituant, qui n'a pas rempli son obligation, la remarque d'Ulpien, au début de la loi 1^{re} : « quoniam grave est fidem fallere » étant une preuve de cette intention. Il semblerait donc que, dans de pareilles circonstances, le débiteur fût condamné à une *pœna*, vis-à-vis du créancier. Sans doute, le débiteur commet une faute en n'exécutant pas l'obligation pour laquelle il a pris jour ; mais il se borne à ne pas agir, il n'a pas commis une faute que l'on puisse qualifier de délit : il s'est abstenu d'exécuter son obligation. C'est à cause de cela que le préteur a donné contre lui une action, action née d'un pacte, par laquelle le demandeur peut obtenir, s'il prouve son droit, le désintéressement auquel il a droit. De cette façon, l'action est réipersécutoire.

Une difficulté s'était pourtant élevée à ce sujet, dont nous avons l'écho bien faible dans un texte du Digeste, dans la loi 18. § 2. h. t. ainsi conçue :

« E re autem est hic subjungere, utrum pœnam continet hæc actio an rei persecutionem : et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio. »

Ulpien se demande si l'action a pour but de faire obtenir une peine ou bien si elle est réipersécutoire. Les mots : « magis est » avec l'opinion de Marcellus montrent que la question était discutée. Ulpien conclut, suivant ce jurisconsulte, qu'elle est réipersécutoire. Il serait intéressant de se demander pourquoi la question avait fait doute, à l'époque classique. D'abord, cette question paraît surprenante. Une personne ne paie pas sa dette, le créancier intente une action, et s'il parvient à faire la preuve de sa créance, il obtiendra son paiement. Mais l'action *pecuniæ constitutæ* se présente à nous sous un jour tout autre. Le débiteur avait obtenu un délai, il avait promis de payer à tel jour fixé et avait contrevenu à sa promesse. Voilà pourquoi le prêteur avait donné une action. Cette action avait plutôt pour but de réprimer un dol, puisqu'on ne pouvait plus, en quelque sorte, exécuter l'obligation dans son intégrité, le délai étant passé (81). Il aurait été facile ainsi de condamner le débiteur à payer une somme d'argent, à titre de *pœna*. Ou bien encore, la question ne se posait-elle pas plutôt parce que la non-exécution du constitut était assimilée, à l'origine, à un délit ? En

(81) Voir GIRARD, *Manuel*, p. 602. — CUV. *Inst. jur.*, II, p. 455.

effet, beaucoup d'actions prétoriennes ont commencé par être délictuelles avant de devenir contractuelles, et parmi elles nous en voyons dans lesquelles, pour parvenir à l'exécution d'une obligation imposée par la justice, le prêteur déclare que celui qui contrevient à sa promesse commet un délit. Il en est ainsi de la *fiducie*, au moyen de laquelle la personne qui recevait une chose en dépôt, en prêt ou en gage, s'engageait à la restituer à une époque déterminée. Cet accord a d'abord été sanctionné à titre de délit commis par celui qui manquait à la parole donnée, de sorte que la raison d'être de l'*action fiduciae* aurait été aussi : « quoniam grave est fidem fallere ». Mais cette action est devenue par la suite une action civile, de bonne foi, à cause des applications pratiques que l'acte de fiducie avait reçues. Le constitut aurait suivi un développement à peu près semblable : au lieu d'être devenu un contrat du *jus civile*, il n'est resté qu'un pacte prétorien, mais l'origine a toujours été un délit. Le prêteur trouvait là un moyen efficace pour sanctionner des *pacta nuda*, ce qu'il n'aurait peut-être pas fait avec autant de hardiesse si l'accord s'était présenté uniquement sous la forme d'une convention ordinaire.

On s'explique ainsi qu'à l'origine le constitut ait eu pour sanction une action délictuelle et qu'à la suite des applications que son principe avait permis de réaliser, il ait été sanctionné par une action réipersécutoire, l'objet, d'ailleurs, restant toujours le même, puisque l'action

avait toujours pour but de dédommager le créancier. A cet effet, on pourrait se demander si l'action *pecuniæ constitutæ* ne rentre pas dans la catégorie des actions pénales unilatérales. A la vérité, classer l'action *pecuniæ constitutæ* dans cette catégorie serait peut-être le seul moyen de résoudre cette énigme dominant la nature de la *condemnatio*. On éclaircirait peut-être ainsi le doute né dans l'esprit des jurisconsultes en face de cette action ; on s'expliquerait pourquoi ils se demandent si elle tend à une *pæna* ou à une *reipersecutio*, car, en réalité, elle aurait ces deux caractères : pénale *a parte rei*, et réipersécutoire *a parte actori*. Le défendeur a commis un délit ; il le répare en payant une amende ; le demandeur a subi un préjudice, il est dédommagé en obtenant l'exécution du pacte. Cet exposé aurait donc le mérite d'élucider la controverse née à ce sujet chez les jurisconsultes et que tranche Ulpien dans le même sens que Marcellus. Cette explication a séduit Bruns (82) qui compare l'action *pecuniæ constitutæ* avec une autre action, qu'il qualifie aussi de pénale unilatérale. C'est l'action donnée contre la personne soumise à l'action en revendication, qui aliène de mauvaise foi l'objet revendiqué (82 *bis*).

« Hæc actio quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. »

(82) BRUNS, *op. cit.*, p. 67, 68.

(82 *bis*) PARTSCH (1909) ; PISSARD, N. R. H., 1910, p. 377 à 396.

Or cette action est aussi une action prétorienne (83), *in factum* (84). Et Gaius lui-même, de qui émane ce fragment, dit seulement que l'action *parait* avoir pour origine un délit. Il est vrai qu'elle n'était pas donnée *adversus heredem*, ni *post annum* (85). Mais, enfin, ce caractère peut s'expliquer d'une autre façon ; puis il ressort bien des textes que le principal caractère de l'action était d'être réipersécutoire (86). On a voulu aussi quelquefois attribuer la qualité de pénale unilatérale à l'action de dol, parce que, si pour l'auteur du délit il y a appauvrissement, en ce sens qu'il doit verser une amende à la victime, celle-ci ne s'enrichit pas par ce fait, elle obtient la réparation du préjudice subi. Cette catégorie des actions pénales unilatérales ne repose pas sur les textes ; elle a été imaginée par les commentateurs (87). Si le défendeur était condamné à verser une *pœna*, c'était bien la somme même due à ce titre que le demandeur recevait ; l'action qui sanctionnait le délit ou le pacte (pour parler du constitut) ne pouvait pas être pénale à l'égard du défendeur, sans l'être en même temps vis-à-vis du demandeur. Ce qu'il

(83) Loi 8, § 1^{er}. — *Digeste*, livre IV, titre 7.

(84) Voir *Cuq. Inst. jur.*, II, p. 644, note 6.

(85) Loi 4, § 6; loi 6, h. t.

(86) Loi 4, § 6; loi 7 : « *Quia pertinet ad reipersecutionem.* »

(87) SAVIGNY. *System.*, V, p. 43.

y avait de particulier, c'est que « la rançon était égale au montant du préjudice subi » (88).

Ce n'est donc pas en se basant sur la théorie des actions pénales unilatérales que l'on parviendra à expliquer la loi 18, § 2, pas plus d'ailleurs que la loi 7, au livre 4, titre VII. Bruns, du reste, s'attache surtout au caractère pénal de l'action *pecuniæ constitutæ*. L'explication du doute d'Ulpien doit être recherchée dans le processus suivi par le constitut. Le constituant s'était engagé à payer la dette d'autrui et au jour fixé, ou bien à la première réclamation du créancier, et il ne l'avait pas payée. Dès lors, comme la convention avait changé d'aspect, il était encore possible de s'exécuter, puisque le nouveau débiteur avait promis de payer, sans que la modalité du dies fût considérée comme un élément de l'accord. Dès lors, si le créancier était obligé d'intenter l'action contre le constituant, il ne prétendait pas qu'il y avait un délit commis par ce dernier et que, par suite, il exigeait une *pæna*: il exerçait son droit et demandait l'exécution d'une convention destinée à lui procurer une satisfaction. L'aspect du pacte avait changé ; le constituant qui n'exécutait pas son obligation au jour fixé était poursuivi par le créancier, qui pouvait dès avant le mettre en demeure ; mais, le

(88) M. JOBBÉ-DUVAL. *Cours de Droit romain approfondi*, 1912-1913.

jour d'échéance passé, l'exécution était encore possible (89).

Nous voyons la trace manifeste de ce changement dans la loi 14, § 2 :

« Sed et si quis certam personam fidejussorum pro se constituerit, nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit. Quid tamen si ea persona nolit fidejubere? puto eum teneri qui constituit nisi aliud actum est. Quid si ante decessit? *si mora interveniente*, æquum est teneri eum qui constituit *vel in id quod interest* vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem præstet : *si nulla mora interveniente* magis puto non teneri. »

Le terme échu, le constituant peut encore se libérer, puisque la mise en demeure sera le critérium pour savoir s'il est encore tenu de donner un fidéjusseur, même après la mort de celui qu'il avait promis. L'idée de délit n'avait été, en somme, qu'un expédient pour donner un moyen d'agir au créancier. On comprend qu'à l'époque d'Ulpien, on se soit demandé si celui qui agissait en vertu d'un constitut, poursuivait une *pœna* ou une *res*. Le constitut n'ayant plus à cette époque sa signification primitive, il n'est pas surprenant qu'Ulpien et, avant lui, Marcellus, décident que l'action est réipersécutoire. Le terme qui, auparavant, faisait partie intégrante de l'obligation devient maintenant une

(89) Voir la comparaison de l'action de constitut et de la *mora*, dans BRUNS, *op. cit.*, p. 63-67 (3).

simple modalité, un jour d'échéance, à l'arrivée duquel la dette sera exigible. Bien plus, le terme fait complètement défaut et la seule utilité du constitut est de modifier des rapports obligatoires antérieurs. Dès lors, on ne pouvait pas plus dire à cette époque que l'action *pecuniæ constitutæ* en elle-même était pénale, qu'on ne pouvait le dire pour l'action *ex stipulatu*.

De ce que l'action *pecuniæ constitutæ* est réipersécutoire, il s'ensuit qu'elle pourra seule être intentée ; elle ne pourra se cumuler avec aucune autre action ayant le même caractère. Si un fils de famille ou un esclave conclut un constitut, le créancier exercera contre le pater familias ou le dominus l'action *de peculio constitutoria* (90) et non l'action *pecuniæ constitutæ noxalis*. La remise de dette ne pourra avoir lieu qu'au moyen d'un *pactum de non petendo*, efficace seulement *exceptionis ope*. Enfin, on pourrait déduire de ce caractère que l'action était perpétuelle, à moins que cette durée ne soit due peut-être aussi à une autre cause, que nous exposerons ci-dessous.

Par un texte du Code de Justinien, nous savons pourtant que l'action *pecuniæ constitutæ* n'avait pas toujours la même durée, que, dans certains cas, elle était *annale*.

« Et neque in omnibus casibus longaeva sit consti-

(90) Loi, 1, § 3.

tuta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur. » (C. 2, § 1^{er}, Cod. Just., livre 4, titre XVIII.)

Justinien ayant omis de nous faire connaître ces cas autrement qu'à l'aide de l'expression vague : « in speciebus certis », nous devons rechercher dans quelles circonstances l'action *pecuniæ constitutæ* était prescrite au bout d'un an. Or, dans la constitution 1^{re}, qui est de Gordien, nous avons une décision qui se rapporte à cette question :

« Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniæ constitutæ actio non solum adversus te sed et adversus heredes tuos perpetuo competit. »

Cette constitution de Gordien a été interprétée en différents sens. Kappeyne van de Copello, faisant l'historique de ce texte (91) y voit une interpolation, après Krüeger et le restitue ainsi :

« Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniæ constitutæ actio adversus te competit. »

Contre cette façon de comprendre le rescrit, nous objectons qu'une question posée à Gordien dans cette forme était assez naïve. A l'époque où vivait cet empereur, c'est-à-dire au milieu du III^e siècle de l'ère chrétienne on n'aurait pas eu l'idée d'interroger l'empereur pour savoir si lorsqu'on constituait pour un autre, on était tenu de l'action *pecuniæ constitutæ*, car on connaissait cela depuis déjà le commencement du III^e siècle.

(91) Voir *op. cit.*, p. 249 *in fine* et p. 250.

cle de l'ère chrétienne; et, à ce sujet, il serait intéressant de se demander si ce n'est pas plutôt la décision telle que Kappeyne la reconstitue qui passerait pour interpolée. A l'appui de son affirmation, l'auteur fait valoir notamment l'argument suivant : dire que le débiteur serait tenu *perpetuo* et ses héritiers également serait un anachronisme au temps de Gordien, puisque c'est Justinien qui a décidé que toutes les actions auraient la durée de 30 ans. Donc c'est dans la constitution de Gordien que la modification a été faite pour mettre en accord le rescrit avec la nouvelle législation. D'où l'on conclut que, dans le cas de constitut *debili alieni*, avant Justinien, l'action était annale et intransmissible passivement. Nous avons vu plus haut que le constitut *debili alieni* servait, la plupart du temps, à cautionner une dette; nous en avons montré à cette occasion la supériorité et sur la *sponsio* et la *fidepromissio*, sur le *mandatum pecuniæ creditæ*, et enfin même sur la *fidejussio*. Or, si le constitut n'avait donné lieu, en cette espèce, qu'à une action de durée relativement courte, malgré toutes ses utilités, la fidejussio l'aurait encore emporté, puisqu'elle donnait naissance à une action perpétuelle. Puis, pourquoi l'action *pecuniæ constitutæ* aurait-elle été annale, dans ce cas? Dans quel cas aurait-elle été perpétuelle? Serait-ce dans le cas du constitut primitif, comme l'a soutenu Unterholzner (92).

(92) *Schuldverhältnisse*, p. 840, vol. II.

c'est-à-dire dans l'hypothèse du constitut *debili proprii*? Cela n'est pas vraisemblable. Voilà pourquoi nous conservons la constitution de Gordien telle quelle, en décidant que depuis un certain temps déjà, l'action *pecuniæ constitutæ* était perpétuelle et donnée contre les héritiers, quand il s'agissait d'un constitut debiti alieni. Le rescrit de Gordien confirme la règle qui était admise à l'époque.

Mais nous ne prétendons pas, du reste, comme certains auteurs le pensent, que la distinction de l'annalité et de la perpétuité de l'action se réfère à la distinction du constitut *debili proprii* et du constitut *debili alieni*. C'est, à la vérité, ce que l'on conclut du texte de la constitution 1^{re}. L'action est perpétuelle quand il s'agit d'un constitut *pro alio*, elle sera annale dans le cas du constitut *debili proprii*. D'abord, cette déduction n'est pas des plus certaines et, au lieu de trouver dans la constitution 1^{re} un argument *a contrario* pour le cas de constitut de sa propre dette, on pourrait aussi y trouver un argument *a fortiori* pour ce même cas. Si la personne qui s'engage pour autrui est tenue pendant toute sa vie, et après elle, ses héritiers, à plus forte raison peut-on dire, doit-il en être ainsi, quand c'est l'ancien débiteur lui-même qui s'oblige à payer sa dette. Il s'en suivrait donc que, soit *constitut debili proprii*, soit *constitut debili alieni*, le débiteur serait toujours tenu pendant sa vie entière et, à sa mort, son obligation se transmettrait à ses héritiers. Du reste, la distinction du con-

stitut *debili proprii* et du constitut *debili alieni* n'est pas basée sur les sources ; elle a été imaginée par les commentateurs. Dans les deux cas, le constitut a toujours les mêmes caractères juridiques et donne toujours lieu à la même action.

Pourtant, d'après la constitution de Justinien, de l'an 531 après J.-C., dans certains cas l'action était annale, et c'est l'empereur qui a décidé que, dans tous les cas, elle serait perpétuelle (93).

« Et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat, sive pro alio) sit et ipsa in tali vitæ mensura, in qua omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta. »

Depuis la constitution de Théodose II, l'action perpétuelle était prescrite au bout de trente ans ; elle passait, du reste, contre les héritiers. Or dans quels cas, avant Justinien, l'action était-elle annale ? Il ne précise pas, car il est probable que c'était dans l'exercice de l'action, tout à fait au début, c'est-à-dire dans le cas où le manque de foi était plus considérable, que l'action devait être pénale et annale. Mais nous ne soutenons pas que c'est parce qu'elle était pénale, qu'elle était nécessairement annale. Sans doute, la plupart des actions pénales étaient enfermées dans le délai d'un an. Mais il y avait une autre raison, raison supérieure : les pouvoirs du prêteur s'éteignaient au bout d'un an ; il était juste qu'il

(93) C. J., livre 4, titre 18, c. 2, § 1.

ne prorogéât pas son *imperium* au delà du temps qui lui était fixé, en concédant l'exercice d'une action que son successeur n'était peut-être pas décidé à accorder (94). Puis, à la suite des édits, grâce à l'*edictum tralalilium*, on put faire exécuter un édit sous l'*imperium* d'un autre préteur, si toutefois une année ne s'était pas encore écoulée depuis le jour où l'action avait pris naissance ; les préteurs ne voulaient pas engager outre mesure leur responsabilité. Mais le temps vint où le constitut changea de caractère, où, d'autre part, le pouvoir du magistrat se développa et sous l'influence de ces deux causes, l'action *pecuniæ constitutæ* put être intentée sans risquer d'être jamais prescrite. Nous en sommes à cet état du droit à l'époque classique sous Gordien. Nous concluons donc en ce sens que l'action *pecuniæ constitutæ* était annale, à l'origine, en même temps qu'elle était pénale, puis, qu'avec le développement du pacte, c'est-à-dire lorsqu'elle devint réipersécutoire, sa durée fut celle des actions civiles. Ainsi une même action prise à deux phases différentes du droit, a revêtu successivement les deux caractères principaux qui partageaient les actions prétorienne en deux classes : elle a été pénale et annale à l'origine et non transmissible passivement et réipersécutoire et perpétuelle et transmissible

(94) Voir M. JOBBÉ-DUVAL. *Cours de Droit romain approfondi*.

passivement à l'époque classique (95). Donc, seulement dans le constitut que le prêteur avait voulu sanctionner, l'action ne durait qu'un an ; dans toutes les autres applications du constitut, l'action était perpétuelle. Même dans le cas où le débiteur primitif promettait le paiement à son créancier (hypothèse du constitut *debiti proprii*), en introduisant une modification ou une innovation dans la dette primitive, il est probable que, même à l'époque classique, l'action était perpétuelle, transmissible contre les héritiers. L'innovation de Justinien n'aurait donc eu d'application que pour le cas de promesse de paiement à jour fixe, cas qui était tombé en désuétude, sans doute depuis longtemps, au Bas-Empire. Ce cas d'application n'avait plus de portée pratique : le constitut originaire ayant perdu sa raison d'être devant les nouvelles applications du pacte, ne devait plus être d'un emploi fréquent, si bien que la constitution de Justinien a, sur ce point, plutôt l'apparence d'une décision théorique, faite par esprit de symétrie, que d'une réglementation utile et réclamée de la pratique.

En quels termes la *condemnatio* était-elle conçue ? Nous avons dit plus haut qu'il était impossible qu'elle fût constituée sur le modèle de la première partie de la formule, c'est-à-dire de l'*intentio*, car elle n'aurait fait que reproduire inutilement l'action *certæ creditæ pecu-*

(95) Loi 35, pr., livre 44, titre 7. « *Hæ etiam post annum darentur, ceteræ intra annum.* (GAIUS, *Inst. c.* IV, § 110).

niæ. A l'intentio certa, devait correspondre une *condemnatio incerta*. Le prêteur devait ordonner au juge de condamner le défendeur, si ce dernier n'avait pas exécuté le constitut, à payer au demandeur, une somme d'argent représentant le préjudice à lui causé par le retard du débiteur ou l'inexécution totale, si l'on se reporte au constitut primitif. Le juge, dans cette condamnation doit avoir la plus grande liberté d'appréciation. Il l'aura, si le prêteur lui commande de condamner le défendeur à la valeur égale au dommage souffert par le demandeur. C'est-à-dire que, selon toute vraisemblance, la *condemnatio* sera au *quantum ea res est*. Cette condamnation est des plus générales, cela explique, sans doute, pourquoi les commentaires ne s'y réfèrent pas.

Le défendeur, outre les moyens de défense au fond et les exceptions qu'il pouvait faire insérer dans la formule, ne pouvait-il pas échapper à la condamnation? Autrement dit, le juge avant de passer à la condamnation n'était-il pas tenu d'ordonner au défendeur certaines satisfactions, moyennant quoi une sentence d'absolution serait rendue. L'action *pecuniæ constitutæ* était-elle arbitraire? Dans la formule, la *clausula arbitraria* figurait-elle avant la condamnation?

Les actions arbitraires dont le caractère et le nombre sont encore assez indéterminés, étaient les unes, des actions réelles, et les autres, des actions personnelles. Elles menaçaient d'un préjudice le défendeur qui n'exécuterait pas l'ordre du juge. Aucun texte ne semble faire allu-

sion à une telle particularité dans l'action *pecuniæ constitutæ*. Une question primordiale demande à être résolue. Quel ordre le juge aurait-il donné ? Le demandeur, dans l'action *pecuniæ constitutæ*, prétend être dédommagé de l'inexécution de la dette que le constituant a prise à sa charge. C'est sur cette estimation qu'aura lieu la condamnation. Or on ne voit pas bien, semble-t-il, à quoi aurait servi un ordre du juge en cette matière. L'ordre le plus naturel était de forcer le défendeur à exécuter son obligation ; c'était le propre de l'action *pecuniæ constitutæ* ; il n'y avait pas besoin d'*arbitrium* en sus de la *condemnatio*. Pourtant le rôle de la *clausula arbitraria* n'était pas identique dans toutes les actions où elle figurait. Dans certains cas, l'action arbitraire pouvait, par suite de la satisfaction accordée au demandeur, éviter une perte d'argent considérable au défendeur, qui exécutait ponctuellement l'ordre du juge.

Or, en matière de constitut, outre la somme mise dans la *condemnatio*, représentant l'intérêt du demandeur, il y avait aussi pour le perdant, la menace d'une peine considérable, puisqu'elle s'élevait à la moitié de la somme litigieuse ; c'était l'objet de la *sponsio dimidiæ partis*. Dans ces circonstances, on concevrait qu'il y eût un *jussus* permettant au défendeur qui y obéirait d'échapper à l'amende énorme de la moitié en sus de la somme réclamée. Mais sur quoi ce *jussus* aurait-il porté ? On pourrait supposer qu'il s'agirait de l'exécution de l'obligation primitive. En effet, le constituant ne s'en-

gageait qu'à exécuter cette obligation à jour fixe. Par le constitut, il ne faisait qu'obtenir une prorogation de délai. Le jour où le paiement aurait dû avoir lieu, le créancier pouvait lui demander l'exécution de la première obligation. Mais, dans cette hypothèse, on ne voit pas l'intérêt qu'aurait eu le demandeur à exercer son droit sur l'objet de la dette primitive, puisque, d'après les principes les plus certains, il n'aurait obtenu que la somme qui avait fait l'objet du contrat de droit strict. Puis, cette obligation, pour en exiger l'exécution, le demandeur n'avait pas besoin d'intenter l'action *pecuniæ constitutæ*, l'action *certæ creditæ pecuniæ* lui aurait amplement suffi, sans qu'il risquât, par la perte de son procès, de verser au défendeur absous la *summa sponsionis* de moitié. Dès lors, on ne voit pas, en principe, comment notre action aurait été arbitraire.

Les sources pourraient peut-être nous renseigner. Dans le passage des Institutes, où Justinien s'occupe des actions arbitraires, au § 31, livre 4, titre 6, il est dit que ces actions sont celles dans lesquelles le juge doit condamner, à moins que le défendeur ne donne satisfaction, laquelle peut consister soit dans une restitution, soit dans une exhibition, soit dans *un paiement*. Nous retenons seulement le dernier genre de satisfaction, LE PAIEMENT. Or le mot « solveré » a un sens bien déterminé; il s'applique aux obligations dont l'objet est une somme d'argent, ou une chose de genre en général. Le débiteur qui s'acquitte d'une dette *ex credito solvit*, paie. L'ob-

jet de l'action *certæ creditæ pecuniæ* est un « *solvere* ». D'où il résulte que celui qui intentait l'action *pecuniæ constitutæ*, pouvait, au moyen de l'*arbitratus judicis* demander un paiement au débiteur. Ce paiement libérerait le débiteur, par rapport à l'action *certæ creditæ pecuniæ* et, en même temps, lui éviterait de payer les intérêts de la somme due, depuis le jour où le constitut aurait dû être exécuté et, surtout, la *summa sponsionis*. Nous trouvons un autre argument, en faveur de cette opinion, au Digeste, en essayant de rechercher la signification véritable de la loi 16 § 2, que nous avons dit contenir, dans ses grandes lignes, la formule de l'action *pecuniæ constitutæ* :

« Si appareat eum qui constituit *neque solvere*, *neque fecisse*. »

Les mots « *neque solvere* » ont préoccupé beaucoup d'auteurs et la question la plus commune qu'on se soit posée à leur sujet et qu'on se pose encore, du reste, est de savoir quelle peut bien être la raison de l'existence du mot « *neque* » avant le verbe « *solvere* ». Cette question se pose surtout à cause du verbe « *fecisse* », qui suit. On dit : A quoi bon cette répétition de deux verbes qui ont, en l'espèce, la même signification, à savoir que le débiteur n'a pas exécuté la convention ? On trouve, par suite, cette prétendue redondance inutile et on propose la suppression pure et simple du mot, *neque*, avant le verbe « *solvere* ».

La raison (96) que l'on donne généralement de cette suppression radicale, — car il faut en donner une, surtout lorsqu'on ampute un texte, que l'on croit inexplicable de toute autre manière, — est que le copiste, ayant dans la tête la négation qui se trouve à deux reprises dans la formule, l'a inconsciemment répétée une troisième fois, au début.

Nous serions peu sensible à cet argument de psychologie de scribe, car ce n'est qu'un dernier recours pour expliquer la formule et, auparavant il faudrait peut-être essayer de la comprendre dans son intégrité, telle que les compilateurs nous l'ont transmise. Or, nous croyons qu'il est possible d'expliquer ce passage de la façon suivante : Les premiers mots : *si appareat eum qui constituit* », se rapporteraient à l'*intentio* et tout ce qui viendrait après ne formerait qu'une triple condition à la *condemnatio*. Dans cet ordre d'idées, nous trouvons d'abord le fait que le débiteur ne paie pas : « *neque solvere* ». La plupart des auteurs qui renoncent à adopter l'opinion de M. Lenel, et qui veulent maintenir le « *neque* », corrigent ce « *solvere* » qui leur semble en désaccord avec le temps du verbe suivant, le remplacent par « *solvisse* ». De cette façon, l'harmonie est rétablie et l'on a : « *si appareat... neque solvisse, neque fecisse* ». On allègue, sans doute, en faveur de cette

(96) LENEL. *Edictum perpetuum*, § 97, p. 289, et p. 243, éd. all. — BERTOLONI, *App. did.*, I, p. 919, note 3.

conjecture, encore une erreur de scribe dans la copie de ce passage. Notamment, Haloander (97) donne cette version. C'est la théorie que beaucoup d'auteurs admettent, notamment Lenel, Krueger, Bertolini (98). C'est un moyen commode, en effet, pour rétablir l'égalité des temps; mais, outre que cette correction laisse sans explication plausible le verbe « *stetit* », que l'on corrige, aussi, d'ailleurs, en le mettant à l'unisson, elle est toute d'imagination et est conçue, avant tout, dans un esprit de symétrie. Bruns, critiquant l'opinion de Haloander, n'est pas d'avis d'admettre cette restitution, et dit qu'il est assez indifférent d'admettre, de lire « *solvisse* » au lieu de « *solvere* », que ce « *solvisse* » n'est qu'une supposition de Haloander, que, du moins, il ne donne aucune source. Ce n'est pas à dire que nous adoptions pour cela l'opinion de Bruns, qui est, en même temps, admise par M. Lenel (99). Il prétend que le « *solvere* » se rapporterait au constitut de paiement (qui *pecuniam debitam constituit se soluturum*) et le « *fecisse* » au constitut de « *satisfactio* » (vel eo nomine *se satisfacturum esse*). Nous avons déjà dit (p. 108-110), pourquoi ce dernier genre de constitut n'avait pas pu être prévu dans l'édit; c'est la même consi-

(97) *Au Digeste*.

(98) LENEL, *Ed. perp.*, p. 289, § 97, p. 243, éd. all. — BERTOLINI, *App. did.*, p. 919, note 3.

(99) *Ed. perp.*, § 97, p. 290 et 291. — BRUNS, *op. cit.*, p. 45 et 47.

dération qui nous oblige à l'écartier dans la formule. Le « solvere » ou le « fecisse » aurait suffi à lui seul pour comprendre, dans sa généralité, toutes les applications du constitut.

Nous devons donc chercher, au contraire, si, en l'état actuel de notre texte, il n'est pas possible de l'expliquer, du moins, quant au « solvere » et au « neque » par des remarques spéciales portant sur la formule même de l'action *pecuniæ constitutæ*.

Nous maintenons la forme « NEQUE SOLVERE ». Nous estimons qu'après l'*intentio* et avant la *condemnatio*, le prêteur devait insérer dans la formule les mots : « *neque solvere* ». Ces mots constitueraient la *clausula arbitraria*. Généralement, on indique la clause arbitraire par les mots « nisi restituat » (100). Mais ce n'est qu'un exemple, et, selon les Institutes de Justinien, l'ordre du juge peut être : « *vel solvat* ». Dans notre cas, c'est bien en un paiement que doit consister la satisfaction du créancier. Ainsi s'explique le temps de notre verbe, qui est à l'infinitif présent. Le prêteur, s'adressant au juge, dans la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*, lui ordonne de condamner le débiteur, si tel fait est vérifié, mais aussi s'il ne paie pas, à l'instant où le juge lui en intimera l'ordre. La *clausula arbitraria* était toujours insérée dans la formule, avant la

(100) Cicéron la mentionne *in Verrem*, 2 a II, 12, 31. — Voir MAY, *Les actions arbitraires*, 1911.

condemnatio. C'est ce que nous vérifions dans notre passage. Tout de suite, après avoir mis le juge en présence des faits, le prêteur lui ordonne de condamner, à moins que le débiteur ne paie ce qu'il doit. Mais comment expliquer rationnellement que l'action *pecuniæ constitutæ* fût arbitraire ? Le constituant avait promis de payer à jour fixe son créancier. Ayant manqué à sa parole, le créancier intente contre lui l'action *pecuniæ constitutæ*, très dangereuse par ses conséquences, tant pour le demandeur que pour le défendeur. Le premier a donc intérêt à être payé le plus tôt possible : de cette façon, il ne risque plus rien. De plus, il obtient satisfaction plus tôt que s'il lui fallait suivre la procédure jusqu'à la fin. Le deuxième a intérêt à exécuter son obligation avant la sentence, pour éviter la charge de la condamnation et de la *summa sponsionis*. Il est donc manifeste que les deux parties en cause avaient intérêt à ce que l'action fût arbitraire. De cette façon s'explique mieux le passage si controversé de « *neque solvere* », sans qu'on ait besoin de lui faire subir aucune retouche, ce qui est toujours, en cette matière, un pis-aller. Nous concluons en décidant que l'action *pecuniæ constitutæ* était arbitraire.

§ 3. — *Adjectiones*.

En dehors des parties principales de la formule, rencontraient-on parfois dans l'action, des *adjectiones* ajou-

tées par le prêteur sur la demande des plaideurs ? D'abord, il pouvait s'y trouver toutes les exceptions que le défendeur aurait pu invoquer et faire insérer dans la formule de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, qu'il pourra de même faire insérer dans la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*, puisque, grâce à ces exceptions, la dette qu'il avait contractée est sans valeur et qu'une dette de cette nature, qui n'existe pas en réalité, ne peut faire l'objet d'un constitut. C'est l'hypothèse prévue par Ulpien, dans la loi 3, § 1^{er} où, de l'avis de Pomponius, il dit que celui-là n'est pas tenu, qui a constitué une dette non valable *jure prætorio*, car la *pecunia*, objet du constitut, n'est pas due, en vertu des droits, c'est-à-dire du droit civil et du droit prétorien. Sans doute, le constituant pouvait faire valoir la nullité du constitut, en insérant dans la formule les exceptions qui auraient paralysé l'*intentio* de l'action *certæ creditæ pecuniæ* ou de toute autre. Mais il pouvait le faire surtout et bien plus aisément en se servant du *judicium merum*, par l'emploi du moyen de défense au fonds. La caractéristique du constitut, celle qui avait attiré l'attention du prêteur, c'était l'existence d'une dette, à laquelle le pacte venait s'ajouter. Cette dette était une condition de validité du constitut; quand il avait été conclu dans les circonstances ordinaires, mais que l'obligation était viciée, au bien, ce qui devait être plus rare, quand l'obligation n'avait aucune existence, quand il n'y avait même pas une dette naturelle,

alors, n'étant plus dans les termes de l'édit, — « qui *pecuniam debitam* constitue », — le défendeur pouvait objecter à son adversaire, en niant purement et simplement la dette nouvelle née du constitut, qu'il n'y avait pas *pecunia debita*, lors de sa conclusion. Dans la formule même que le prêteur avait rédigée sur l'album figuraient les mots : « *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse* », se rapportant à l'« *intentio* » et directement à la première phrase : « Si paret N. N. constituisse » (101).

Cette partie de la formule est commentée dans la loi 18, § 1^{er}, par Paul. Il se demande si le constitut d'une obligation éteinte après qu'il a été conclu peut être valable. En s'autorisant de ce, qu'avant lui, avaient décidé Celsus et Julien, Paul déclare, à son tour, que celui qui a fait le constitut d'une obligation, exécuté après son extinction, n'en est pas moins tenu, parce que, selon Julien, il a constitué à un moment où il était obligé, bien que ce fût pour une époque où il ne serait plus tenu. Cette interprétation rentrait exactement, d'ailleurs, dans les termes de l'édit et surtout aussi dans les termes de la formule. Dans le même ordre d'idées, on peut placer la loi 20, dans laquelle Paul déclare que ce qui augmente ou diminue le pécule n'a aucune influence sur l'action *constitutoria*. La

(101) « *Quod adjicitur* », cela fait allusion à une partie de la formule qui s'ajoute à la première phrase.

quantité promise lors du constitut est celle-là qui sera réclamée, que le pécule soit plus considérable qu'à cette époque ou qu'il ait diminué. Le constitut jouait ainsi le rôle de compromis, de liquidation de créance. De même encore, toujours à l'occasion du pécule, Paul, dans la loi 19, § 2 *in fine*, dit que, quand même le pécule aurait pris fin, le *pater familias* ne serait pas libéré. Voilà autant d'applications de la règle qui exige une dette préexistante pour que le constitut soit valable.

Sans contester la validité de la dette préexistante, le constituant pouvait dire que le pacte lui-même n'était pas valable, comme entaché d'un vice. Dans ce cas, le prêteur, sur sa demande, ajoutait à la formule une exception spéciale, après l'*intentio* : exception de dol, de violence, etc.

La formule, telle qu'elle nous est rapportée au fragment 16, § 1^{er}, porte : « Si appareat eum qui constituit neque solvere, *neque fecisse* », doit contenir, dans ce dernier membre de phrase, une question relative au fait d'avoir accompli la convention de constitut. Le défendeur cité en justice, par suite de la mauvaise foi ou de l'erreur du demandeur, pouvait réclamer l'exception d'exécution du constitut : « Si appareat *neque fecisse* ». Il ne peut être question d'une autre partie de la formule, puisque c'est le fait d'avoir conclu le constitut et par conséquent, de ne pas l'avoir exécuté, qui fonde l'action; il serait donc incompréhensible qu'après avoir dit : « S'il est démontré que N. N. a fait un consti-

tut », le prêteur ait ajouté : « et ne l'ait pas exécuté », car c'est la raison d'être de l'action. Donc le « neque fecisse » pourrait être rattaché à une exception. Le demandeur prétendant qu'il y a eu constitut, le défendeur, à son tour, dit qu'il y a eu exécution.

De même, la phrase suivante : « *neque per actorem stetisse quominus fieret quod constitutum est* », doit aussi être considérée comme une exception. Nous avons modifié le temps du verbe, modification qui s'impose ici à cause de la correction du fragment 18, pr. Cette supposition peut être faite, car elle est autorisée par le passage postérieur, qui donne la version véritable, puisqu'il y a concordance des temps. Il s'agit de l'exception suivant laquelle le défendeur constate que le demandeur n'a pas été présent au jour fixé pour que le constitut soit rempli. Il allègue donc que c'est par sa faute qu'il n'a pas exécuté sa promesse. En effet, dans le pacte de constitut, le jour fixé n'était pas un simple terme, à l'arrivée duquel le débiteur devait s'exécuter : c'était un élément principal de l'obligation. Le jour passé, il ne pouvait plus le faire, car c'était seulement à ce jour que la prestation pouvait avoir lieu. On s'explique alors pourquoi, relativement à ces mots : « *neque per actorem stetisse quominus fieret quod constitutum est* », les juriconsultes ont donné un commentaire aussi développé. Ulpien, après avoir dit au principium, que le passage en question avait donné lieu à des difficultés, que Pomponius avait hésité à se prononcer sur

le point de savoir s'il était nécessaire que le demandeur fût présent au jour fixé par le constitut ou bien s'il suffisait qu'il eût été présent avant ou après, pense que ces mots doivent être rapportés au jour fixé dans le constitut et il donne un exemple assez surprenant. Si le demandeur est empêché par la maladie ou à cause d'une violence exercée sur lui, ou par la tempête, de venir recevoir son paiement, il en supporte les risques. Si ce n'est pas par la faute du demandeur que le constitut n'a pas été exécuté, c'est du moins à cause de lui : et, appliquant à la lettre le texte de l'édit, les jurisconsultes décident que le créancier qui n'a pas été présent au jour dit pour se faire désintéresser, doit supporter les conséquences de cette inexécution. L'exception ci-dessus, insérée dans la formule, permettra ainsi au défendeur de paralyser l'action. Il est assez difficile pourtant de justifier cette décision, contraire à la plus stricte équité, équité que le prêteur avait voulu faire respecter en donnant une action au créancier, en vertu du constitut. De plus, quand il s'agit du défendeur, l'interprétation est plus bienveillante à son égard.

Si un empêchement s'est produit, sans doute l'action est possible, au même degré que dans le cas que nous venons d'examiner : *tenet actio*, dit Ulpien, dans la loi 16, § 3; mais il ajoute aussitôt : « *sed magis dicendum est subveniri reo debere* », on doit plutôt venir en aide, avoir de l'indulgence pour le défendeur. Du reste, en général, si le débiteur n'exécute pas son obligation au

jour fixé, l'action est possible, quoiqu'il offre de s'exécuter plus tard, jusqu'à la *litiscontestatio*. Toutefois, ces décisions ne s'étaient fait jour qu'avec difficulté et, sans doute, la théorie de la *mora*, dans les obligations à terme, avait dû préoccuper l'esprit des jurisconsultes commentant l'édit de *pecunia constituta*. Voilà pourquoi on rencontre souvent les expressions empreintes de doute et d'indécision : « *item illa verba recipiunt dubitationem* »; « *Pomponius dubitat* », « *dubitari potest* ». Une preuve plus grande encore, peut-être, que les précédentes, nous est donnée par la loi 17, dans laquelle Paul, se posant la question de savoir si le débiteur peut offrir de payer un autre jour, et si le créancier n'a pas voulu accepter, sans qu'il y ait de ce refus un juste motif, il est équitable, répond-il, de venir au secours du défendeur au moyen d'une exception ou d'une juste interprétation, pour que le fait du demandeur soit à ses risques jusqu'à l'époque du *judicium*, attendu que ces mots du préteur : « *neque fecisset* », signifient : qu'il n'ait pas exécuté le constitut, ni au jour fixé, *ni postérieurement*. Donc Paul, à l'inverse d'Ulpien, décide que le débiteur qui n'a pas exécuté l'obligation au jour dit, peut encore se libérer après. Voici donc une solution tout à fait opposée à celle donnée par Ulpien. Ces deux commentaires contradictoires des mots : « *neque fecisset* » doivent être la conséquence de l'indécision régnant en cette matière. On ne saurait voir, comme le voudrait M. Platon, dans la décision d'Ulpien, la trace de l'in-

fluence qu'a pu exercer sur lui l'hémionion, parce qu'Ulpien était d'Orient « tandis que Paul, représentant au contraire l'esprit romain, marquerait plutôt une réaction, souvent impuissante contre l'étranger » (102). Il nous semble assez singulier que l'esprit romain que Paul représente ait été si largement empreint de libéralisme. D'autre part, pourquoi ne serait-ce pas la solution admise par Paul qui aurait triomphé plutôt que l'autre ? On devrait constater, au contraire, plus de liberté d'appréciation dans l'évolution successive du constitut et la loi 17 nous offrirait l'exemple de cet esprit nouveau. A supposer que la doctrine d'Ulpien lui ait été suggérée par le rapport d'une institution grecque et du constitut, il est assez vraisemblable qu'à son époque, elle n'a guère eu d'applications pratiques. Alors à quoi servirait l'influence de l'hémionion, si elle ne se traduisait que dans des discussions théoriques ? Nous pensons, au contraire, que les deux grands jurisconsultes de l'époque classique, guidés tous deux, également, par le sens romain, manifestaient deux tendances opposées : Ulpien s'en tenait à la stricte application de l'édit, et Paul, désireux avant tout de faire servir l'institution aux nouveaux besoins, marquait un esprit plus libéral et, en quelque sorte, plus frondeur vis-à-vis de l'ancienne institution. Ce n'est pas la seule fois, d'ailleurs, que l'on rencontre cette opposition entre Ulpien et Paul,

(102) *Op. cit.*, p. 166.

et parfois c'est Ulpien qui paraît représenter l'esprit plus avancé (103). Dans notre cas, Paul, usant d'un pouvoir d'appréciation plus grand, décide en faveur de l'équité que ces mots : « *neque fecisset* » doivent s'entendre d'une façon large. Paul dit qu'il faut venir en aide au défendeur au moyen d'une *exception* ou d'une *juste interprétation*. L'exception doit être l'exception *de dol*. Quant à la juste interprétation, elle doit porter aussi sur l'exception : « *neque fecisse* ». De ces divergences d'opinion entre jurisconsultes que les commissaires de Justinien n'ont même pas songé à faire disparaître, nous devons conclure que le jour fixé pour l'exécution du constitut avait, à cette époque, pris une signification particulière : que certains jurisconsultes, parmi lesquels Ulpien, représentant l'esprit doctrinal ancien s'en tenaient à la lettre de l'édit, tandis que d'autres, comme Paul, dominés par le souci pratique de faire régner l'équité à une époque où le constitut avait perdu son ancienne rigueur d'interprétation pour être apprécié suivant la bonne foi des contractants, n'hésitaient pas à interpréter l'édit dans le sens le plus favorable à la vie pratique. La même solution rigoureuse est donnée par Ulpien, dans le commentaire des mots : « *neque per actorem stetisse quominus fieret quod constitutum est.* » Paul aurait, sans doute, donné ici encore une solution d'équité, comparable à celle de la loi 17.

(103) Voir notamment la loi 15, pr., livre 22, titre 5, et la loi 20, § 5, livre, 28, titre 1^{er}.

De cette façon, nous avons démontré que les termes qui se trouvent rapportés et commentés dans les lois 16, § 2, § 4, et 17 et 18, pr., étaient des parties de la formule, tant principales qu'accessoires. Reste à se demander pourquoi ces exceptions dont nous venons de parler en dernier lieu sont commentées au titre « de Pecunia constituta », et non pas au siège de la matière, au livre 44, titre I^{er}. On pourrait peut-être nous objecter que ces exceptions auraient dû être commentées en cet endroit et, qu'à l'occasion d'une action particulière, il n'était pas d'usage de donner un commentaire particulier d'une exception qui était facultative. Nous répondons que, lorsque l'exception jouait un rôle dans la procédure, les jurisconsultes la mentionnaient et en donnaient le commentaire ; c'est ce qu'Ulpien fait précisément et Paul aussi. Par les développements que nous avons fournis précédemment, on peut se rendre compte de l'importance qu'avaient ces exceptions dans l'action *pecuniæ constitutæ*.

En dehors de ces exceptions directement liées à la formule normale, nous trouvons encore des exceptions dans le titre consacré au constitut. Dans le fragment 27, Ulpien dit qu'il n'est aucunement nécessaire que le débiteur soit présent pour que le constitut fait par un tiers soit valable ; bien plus, le constitut est possible contre le gré du débiteur. Mais Labéon donnait au constituant une exception *in factum* pour le cas où le débiteur^o lui-même lui interdirait de payer.

« Utrum presente debitore an absente constituat quis, *parvi refert*; hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit; unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, *in factum* exceptionem dandam; nec immerito Pomponius : nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare. » (ULPIEN, livre 14 ad edictum.)

L'expression d'*exceptio in factum* est assez singulière et s'il existe certainement des actions *in factum*, les sources ne sont que très laconiques, pour ne pas dire muettes en ce qui concerne ce genre d'exceptions. D'autre part, puisque, d'après Ulpien, il est permis de faire un constitut sans la volonté du débiteur, pourquoi le constituant se prévaudrait-il de ce fait pour échapper à la poursuite ? Du reste, Pomponius est d'avis de rejeter cette théorie de Labéon, parce qu'elle est fausse; et Ulpien l'approuve, en ajoutant : celui qui a constitué, une fois qu'il est obligé, ne peut être excusé par le fait du débiteur. On se demande alors pourquoi seul Labéon donnait dans ce cas une exception *in factum*. On a prétendu qu'il s'agirait ici de cas spéciaux. M. Lesœur est d'avis de croire que l'exception dont parle Labéon se rapporte aux deux circonstances suivantes : 1° Le débiteur ne devait rien et le tiers constituant peut se prévaloir de cette inexistence de la dette principale au moyen d'une exception. 2° Il y a bien eu obligation.

mais entachée d'un vice. Dans ce cas, l'obligation valable *jure civili*, ne l'est pas *jure prætorio* et, par conséquent, le constitut ne peut être employé. Du moins, si un pacte a été conclu, le constituant pourra se prévaloir de ce vice pour demander au prêteur l'insertion de l'exception de dol ou de violence dans la formulé ; ou mieux, il se fondera sur le fait qu'il n'y avait pas *pecunia debita jurebus*, pour anéantir la prétention du demandeur. C'est à ces circonstances que M. Lescœur rapporte la loi 27 et il ajoute en terminant : « On voit qu'il y a plusieurs manières d'expliquer, d'une façon raisonnable, la phrase de Labéon, sans lui prêter l'opinion insoutenable que lui prêtent Pomponius et Ulpien » (104).

Remarquons, d'ailleurs, qu'il n'est aucunement question, dans ce texte, de la série d'hypothèses qu'envisage M. Lescœur. Il s'agit tout simplement de savoir si l'on peut constituer, *invito debitore*, ce qui est possible et, par conséquent, aucune exception ne peut avoir lieu de ce chef, comme le voudrait Labéon. D'ailleurs, comment imaginer que Pomponius et Ulpien n'aient pas saisi le sens des paroles du jurisconsulte du 1^{er} siècle de l'ère chrétienne ? Bien mieux, pourquoi dans les deux cas précités, une exception *in factum* aurait-elle été nécessaire, alors que, s'appuyant simple-

(104) M. LESCOEUR, *Cours autographié de Pandectes*, p. 178-181.

ment sur le texte de la formule délivrée par le préteur, le défendeur n'aurait eu qu'à repousser la réclamation du demandeur par un moyen de défense au fond? Dans ces conditions, l'existence d'une exception est invraisemblable. Labéon, si l'on veut expliquer avec utilité son opinion, doit avoir prévu le cas auquel se réfèrent Pomponius et, après lui, Ulpien. Or il était impossible, en présence de l'état des principes, que l'opinion singulière de Labéon fût admise.

D'autres auteurs recourent à l'interpolation pour expliquer ce texte. Ils tirent argument de ce que l'inscription de la loi 27 est ainsi conçue : « Ulpianus, libro quarto decimo ad edictum. » Dans les fragments du titre « de Pecunia constituta », il est toujours question du livre 27 *ad edictum* ; c'est dans ce livre qu'Ulpien faisait toute la théorie du constitut. Or, dit-on, dans ce texte, il s'agit du livre 14 *ad edictum*, d'où l'on conclut que c'est par interpolation, qu'il s'agit du constitut. D'autre part, M. Lenel a démontré qu'au livre 14 Ulpien s'occupait du *receptum argentariorum*, ainsi que des deux autres cas de *receptum*. Voilà l'explication trouvée. Ulpien s'occupait, dans cette loi 27, du *receptum*. Après la constitution, qui a absorbé le *receptum* dans le constitut, les compilateurs ont substitué le mot « constitut » à celui de « receptum » (105). Il faudrait

(105) Voir GIRARD, *Manuel*, p. 605, note 4. — GUQ, *Inst. jur.*, II, p. 459, note 8. BERTOLINI, *Appunti didattici, Obbligazione*, I, p. 945, note 3.

en déduire que l'exception *in factum*, proposée par Labéon, se rapportait à un cas *de receptum*, comme tout le texte, d'ailleurs.

Mais surgit une question. Le banquier qui s'engageait, au moyen du *receptum*, à payer la dette de son client, ne devait le faire, semble-t-il, que comme délégué et sur l'ordre de celui-ci. On ne conçoit pas un banquier prenant à sa charge, purement et simplement, la dette d'un de ses clients, à moins qu'il n'ait reçu de celui-ci un mandat général de payer, c'est-à-dire lorsqu'il y a un compte courant. Il est impossible, d'autre part, que le banquier promette le paiement contre le gré de son client. L'affirmation de Pomponius paraît en effet singulière, s'il s'agit du *receptum* : « *hoc amplius etiam invito constituere cum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit.* » D'autre part, si cet engagement de la part du banquier était possible, si, sur la dénonciation du débiteur, il pouvait opposer l'exception *in factum*, on ne comprendrait point pourquoi Pomponius et Ulpien étaient d'avis de rejeter cette doctrine : le *receptum* devait avoir la volonté du débiteur comme base. Il s'agissait là, en effet, du rapport de client à banquier, et dans ces sortes de commerce, on ne conçoit pas qu'il y ait de la part du manieur d'argent un acte spontané consistant à prendre à sa charge la dette d'un de ses clients. Notre texte, malgré les arguments tirés de son inscription, ne peut être rapporté au *receptum* qui est incompatible avec les prin-

cipes qui y sont énoncés. Quant à l'inscription, sans doute, nous ne pouvons nier qu'il s'agit ici du livre 14 du commentaire d'Ulpien sur l'édit. Mais, est-ce une raison suffisante pour dire qu'il s'agissait là du *receptum* et non du *constitut*. D'abord, aucun texte ne parle précisément du *receptum argentariorum*, au Digeste. Il est vrai que, d'après la conjecture de M. Lenel, il aurait été question du *receptum argentariorum* au même endroit que du *receptum nautarum et arbitrii*, c'est-à-dire au livre 14, *ad edictum*. Toutefois, si nous pensons que ce texte doit se rapporter au *receptum*, il est impossible de le laisser tel quel, pour les raisons données plus haut. Ce n'est donc pas seulement le mot « *constitut* » qu'il faut supposer avoir été substitué à « *recepit* », c'est une grande partie du texte que l'on doit penser avoir été remaniée. Nous laissons intacts les premiers mots qui peuvent très bien s'appliquer au *receptum* : « *utrum presente debitore an absente constituat quis, parvi refert* ». Il est permis de « *recipere* », soit en présence, soit le plus souvent en l'absence du débiteur (106).

C'est le passage suivant qui semble avoir été modifié : « *hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit* ». Il est vraisemblable que Pomponius disait, en opposition

(106) Le *receptum* était un pacte non formel. Voir GIRARD, *Manuel*, p. 607, note 2.

avec la première phrase, qu'on ne pouvait, par contre, s'engager par *receptum*, malgré la volonté du débiteur. L'opinion de Labéon devait être considérée par Pomponius et par Ulpien comme fondée, l'exception *in factum* devait être donnée. De plus, la fin: « nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare », aurait été ajoutée tout simplement par les compilateurs pour confirmer leur théorie sur le constitut. Kappeyne van de Copello dit seulement qu'on pourrait faire un *receptum* comme un constitut sans l'assentiment du débiteur et même contre sa volonté (107). L'économie du *receptum argentariorum* s'opposait à cette conception ; le constitut, susceptible d'applications multiples et qui ne consistait pas en une opération précise et catégorique, pouvait se plier aux exigences de l'acte juridique qu'il réalisait. Voilà pourquoi, en définitive, nous croyons que l'exception *in factum* s'appliquait à l'hypothèse du *receptum* et non du constitut (108).

Il est encore question d'exception dans la loi 30, tirée des Sentences de Paul, au livre II. Si quelqu'un s'est engagé par constitut à payer une somme d'argent à une personne ou à Titius, bien que strictement il

(107), Cuq, *Inst. jur.* II, p. 459, note 8. — LENEL, *Ed. per.*, p. 148-150 (éd. all., p. 128-129). III. *Abhandlung*, p. 273.

(108) Autres cas de *receptum* : loi 15, loi 26. Les cas sont, du reste, très controversés. Voir LENEL, *Palingénésie*, col. 64, n° 127, et surtout la loi 15 de Paul, où l'interpolation est visible.

demeure obligé par l'action *certæ creditæ pecuniæ*. après avoir payé à Titius, on lui vient en aide pourtant au moyen d'une exception.

« Si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, etsi stricto jure propria actione pecuniæ constitutæ manet obligatus, etsi Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur. »

Il s'agit d'une obligation alternative, dont le sujet est double : *tibi aut Titio*. Le débiteur s'est exécuté envers Titius : il peut encore, en vertu de sa promesse envers l'autre personne, être tenu vis-à-vis d'elle par l'action *pecuniæ constitutæ*. Dans ce cas, une exception lui sera donnée. C'est l'application de la théorie générale de l'obligation alternative, au cas de constitut. Il est question de l'exception de dol.

Enfin, dans la loi 31, il est fait mention d'une espèce particulière, dont voici la substance. Lucius Titius, débiteur des Seius, est décédé : ces derniers font croire à Publius Mævius qu'il est son héritier et font en sorte qu'il se reconnaisse dans un écrit leur débiteur, en tant qu'héritier de son oncle : il ajoute dans le même écrit que la somme due est parvenue dans ses comptes. On s'est demandé, dit Scævola, au livre 5 de ses *Digesta*, comme Publius Mævius n'était pas en réalité, l'héritier de Lucius Titius, s'il pouvait être poursuivi, en vertu de son écrit, par l'action *pecuniæ constitutæ* et s'il pouvait se servir de l'exception de dol. Le jurisconsulte, consulté sur cette question, ré-

pond : « ni l'action civile ne peut être donnée contre lui, à ce titre, ni même l'action *pecuniæ constitutæ* ». On a demandé aussi s'il peut répéter les intérêts qu'il a versés pour la cause ci-dessus. Scævola a encore répondu qu'il pouvait le faire en l'état des choses. Le constituant qui a été trompé par les créanciers héréditaires peut leur opposer l'exception de dol, car c'est en se fiant à leur affirmation qu'il a constitué une dette héréditaire, qui ne devait pas le grever. Mais comme Scævola le dit, dans ce cas, ni l'action civile, ni l'action de constitut n'auront lieu : « nec civilem eo nomine actionem competere : sed nec de constituta secundum ea quæ proponerentur ». En effet, le constituant a fait un pacte ne reposant sur aucune obligation préexistante, car il a eu l'intention seulement de faire un constitut *debiti proprii*, et alors il pourra repousser la prétention des Seius, en se fondant sur le passage de l'*intentio* : « eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse ». Il n'était pas besoin d'exception pour paralyser tant l'action civile que l'action *pecuniæ constitutæ*. Les moyens de défense, au fond, suffiront donc au prétendu débiteur pour écarter les poursuites malhonnêtes des créanciers du défunt.

SECTION II. — LA SPONSIO DIMIDIÆ PARTIS.

C'est uniquement d'après un texte des Institutes de Gaius, commentaire IV, § 171, que nous savons que

dans la procédure même où, à l'occasion du constitut, intervenait une *sponsio dimidiæ partis*, comme en matière de *certa credita pecunia*, une *sponsio tertiæ partis* avait lieu. Voilà tout ce que nous possédons en fait de renseignements sur cette procédure singulière.

Il résulte de ce texte que la *sponsio* existait tant dans l'action *certæ creditæ pecuniæ* que dans l'action *pecuniæ constitutæ*; que, dans la première, elle était du tiers, dans la deuxième, de la moitié de la somme réclamée. Cette différence entre les deux actions sera expliquée plus tard. Gaius dit simplement qu'il est *permis*, dans ces cas, de faire la *sponsio* ». Nous devons donc rechercher quelle est la nature juridique de cet acte, quels sont ses caractères, son utilité en notre matière, et ses résultats. Dans un paragraphe spécial, nous nous occuperons successivement de chaque ordre d'idées que nous venons d'indiquer.

§ 1^{er}. — *Nature de la sponsio.*

La *sponsio* est la promesse faite en termes solennels d'accomplir un fait ou une dation au profit d'une autre personne, sur l'interrogation de cette dernière. Selon certains auteurs (109), elle aurait eu, à l'origine, un caractère religieux, se confondant presque avec le ser-

(109) Voir GIRARD, *Manuel*, p. 486, note 2. — *Contra*, CUG, p. 208, note 6, *Inst. jur.*, I. — En notre sens, BERTOLINI, *App. did.*, I, p. 48-52.

ment; ayant perdu ce caractère, elle n'en resta pas moins, dans toute la suite du droit romain, un acte formel, réservé aux seuls citoyens romains. La *sponsio* était la forme la plus ancienne et la plus romaine du contrat verbal.

Outre ce rôle de forme des contrats, la *sponsio* était empruntée parfois par le préteur, pour donner une sanction à un droit légitime, non reconnu par le *jus civile*. Pour réformer le droit civil, le préteur se servait de ses institutions. Toute la théorie des stipulations prétoriennes le prouve. Le rôle procédural de la *sponsio* en est un autre indice. Devant la procédure des *legis actiones*, le préteur a voulu donner au demandeur un moyen plus efficace et moins dangereux que celui de la *legis actio per sacramentum*, tant *in rem* qu'*in personam*. Ce moyen, il l'a trouvé dans l'usage de la *sponsio*. Les inconvénients du système du sacramentum s'étaient fait sentir d'assez bonne heure. N'ayant pas encore le droit de donner des actions nouvelles aux plaideurs, au moyen des formules, le magistrat se servit de la *sponsio*, procédé du droit civil, afin de satisfaire les demandeurs dans leurs justes prétentions. Au témoignage de Gaius (110), la procédure « per sponsionem » était employée, en matière de revendication, après la *legis actio sacramenti* et avant la *formula petitoria*. De même, lorsque le préteur avait pro-

(110) *Commentaire*, II, § 91 et 93.

noncé un interdit, la solution du litige devait avoir pour base, nécessairement, la prestation de la *sponsio* en cas d'interdit prohibitoire, comme aussi dans le cas d'interdit restitutoire ou exhibitoire, quand, avant de quitter le magistrat, le plaideur contre lequel était dirigé l'interdit n'avait pas réclamé la délivrance d'une *formula arbitraria* (111). Il est vraisemblable qu'avant la loi *Æbutia*, le prêteur, même dans les deux derniers cas, ne pouvait recourir qu'à la procédure *per sponsionem*. Donc, pour ce qui touchait à la propriété et à la possession, la *sponsio* intervenait pour permettre au juge de décider, d'une manière indirecte, qui avait le bon droit pour lui.

Mais, pour les actions personnelles, la procédure *per sponsionem* était-elle en usage ? Aucun texte ne le dit formellement, du moins. Nous n'avons que les Institutes de Gaius, comme monument juridique, qui mentionnent la *sponsio* en une telle matière, sans préciser, s'il s'agit bien là d'une procédure *per sponsionem*. D'abord, c'est le § 13, du commentaire IV, où le jurisconsulte décrivant la procédure de la *legis actio sacramenti*, dit qu'elle était dangereuse, comme l'est, de son temps, l'action *certæ creditæ pecuniæ*, à cause de la *sponsio*, au moyen de laquelle le défendeur succombe s'il nie opiniâtrément, et de la *restipulatio*, à l'aide de laquelle le demandeur succombe s'il réclame l'indu.

(111) *Commentaire*, IV. § 141.

Puis c'est le § 171, au même commentaire où Gaius dit que, dans certains cas, il était *permis* de faire la *sponsio*, comme en matière de *pecunia certa credita* et de *pecunia constituta*.

§ 2. — *Caractères de la sponsio.*

La première question à se poser à ce sujet est de savoir si la *sponsio* qui est mentionnée dans ces actions est la même et si elle a les mêmes caractères que la *sponsio* que l'on rencontre dans l'action en revendication et dans l'action qui a lieu après le prononcé d'un interdit. Ceci revient à se demander si la *sponsio*, en matière d'actions *certæ creditæ pecuniæ* et *pecuniæ constitutæ* était une partie de la procédure de l'action elle-même ou bien un accessoire, qui pouvait y figurer selon le gré des plaideurs ou du magistrat. En d'autres termes, suivant l'expression consacrée, la *sponsio* était-elle préjudicielle ou pénale? Nous avons déjà dit qu'en ce qui concerne l'action en revendication et l'action interdictale, la *sponsio* a un caractère procédural certain. On tire argument de ce que, dans le § 93, commentaire IV, il s'agit *d'agere per sponsionem*; puis Gaius dit formellement que cette *sponsio* n'est pas pénale, mais préjudicielle. Et il ajoute :

« Et propter hoc solum fit ut per eam *de re judicetur* : unde etiam is cum quo agitur, non restipulatur. »

Ce qui caractérise la procédure *per sponsionem*, c'est

que la somme promise par le défendeur n'est pas exigée, que ce n'est qu'un expédient pour permettre au juge de décider de la question principale, et qu'enfin la restipulation de la part du demandeur n'a pas lieu.

Cette procédure *per sponsionem*, telle que nous venons de la décrire sommairement, en commentant le passage des Institutes de Gaius, était-elle en usage dans l'action *certæ creditæ pecuniæ* et dans l'action *pecuniæ constitutæ*? Remarquons d'ailleurs que Gaius parle, en général, différemment de la *sponsio*, à l'occasion de ces actions. Au § 13, commentaire IV, il dit simplement que l'action *certæ creditæ pecuniæ* était dange-reuse, à cause de la *sponsio*; il ne parle aucunement d'*agere per sponsionem*. Il est vrai que M. Jobbé-Du-val (112) prétend que la procédure *per sponsionem* existait dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Il se fonde sur ce fait que la loi Rubria de Gallia Cisalpina, dans son chapitre XXI, s'exprime à propos de cette action, de la façon suivante : « *aut se sponsione judicioque uti oportebit nec defendet* » Or, dit-il, les mots : « *se sponsione defendere* » sont synonymes d'*agere per sponsionem*. Les premiers s'appliquent au défendeur, les seconds concernent le demandeur : mais c'est toujours à l'occasion d'une même procédure qu'ils interviennent. C'est donc la procédure par *le pari*, qui nous est re-

(112) *Etudes sur la procédure civile chez les Romains*, I, p. 180-185.

présentée ainsi. M. Jobbé-Duval invoque encore en sa faveur le plaidoyer de Cicéron « pro Roscio comædo ». Dans le chapitre 3, § 4, Cicéron comparant le rôle et la façon de trancher le litige, suivant que la solution en est confiée à un arbitre ou à un juge, dit : « *et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas* », en parlant du juge. « *Et vous l'avez réduit à l'étroite formule de la sponsio.* » M. Jobbé-Duval tire argument de ce passage pour dire qu'il s'agissait bien, dans ce cas, qui est celui de l'action *certæ creditæ pecuniæ* de la procédure *per sponsionem* (113). C'est sur la somme promise par le moyen de la *sponsio* que le juge décide, en statuant indirectement sur la prétention du demandeur, dont il n'est fait aucune mention. Quant à l'argument tiré de la loi Rubria de Gallia Cisalpina, les mots « se sponsione defendere » signifient : « se défendre *par la sponsio* » ; il s'agit, en effet, dans ce chapitre XXI, de peines infligées au défendeur qui ne se défend pas comme il est d'usage. Or la *sponsio* dont il est ici question peut aussi bien s'appliquer à la procédure qu'à un accessoire de cette même procédure. En faveur de cette dernière interprétation, nous remarquons qu'à côté des mots « sponsione se defendere », figure toujours le mot « *judicio* », qui s'applique, lui, à la procédure, et même à la formule

(113) Kappeyne voit aussi un cas de procédure *per sponsionem* dans la *condictio*, p. 201, p. 203, *op. cit.*

de l'action (114). Les *verba judicii* étaient les mots de chaque formule particulière. Pour que l'instance pût être liée, afin d'arriver à la litiscontestatio, les deux plaideurs devaient nécessairement être présents lors de la rédaction de la formule. De la sorte, on comprend qu'il y eût une pénalité infligée à celui qui, dolosivement, empêchait le procès de se lier. Le mot *judicio* correspond donc à la formule de l'action, et le mot *sponsione* à la promesse du tiers, en cas de perte du procès. La preuve que ce n'était pas la procédure *per sponsionem* qui était en usage ici, c'est que la loi mentionne le *judicium* après la *sponsio*. La seule mention de la *sponsio* aurait suffi, si cette dernière avait été préjudicielle ; puisque le *judicium* a sa place, c'est qu'il était nécessaire qu'il y eût une formule spéciale renfermant la prétention du demandeur. Donc la *sponsio* jouait un rôle *purement pénal*. Le défendeur qui perdait son procès ou le demandeur qui succombait, devait verser à l'adversaire triomphant, le tiers en sus de la somme réclamée (115).

En ce qui concerne le passage du « pro Riscio commædo », il ne nous semble pas plus probant pour deux raisons : 1° Les mots : « et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas » peuvent aussi s'appliquer à la *sponsio pénale*. En effet, une fois que la

(114) *Digeste* livre 9, titre 3, loi 1, pr. *in fine*.

(115) Voir GIRARD, *Manuel*, p. 493, p. 992, note 5. — CUQ, *Inst. jur.*, I, p. 213, note 4. — BERTOLINI, *App. did.*, I, p. 108.

question litigieuse avait été tranchée, il restait à intenter l'action *certæ creditæ pecuniæ*, à titre d'accessoire pour faire obtenir au gagnant la somme promise. La formula sponsionis, dont parle Cicéron, peut être n'est aucunement question de la somme de la *sponsio* ; pas séparer ce passage d'autres extraits du même plaidoyer, qui peuvent nous éclairer sur cette question. D'abord, peu avant le passage en question, Cicéron s'exprime ainsi :

« Quid est in iudicio ? directum, asperum, simplex. Si paret H-SIDDO dari oportere. »

Il s'agit d'un iudicium, dont la formule est simple, précise et sévère, s'il est démontré que 50.000 sesterces sont dus (116). Ce iudicium est celui par lequel on réclame UNA CERTA CREDITA PECUNIA: en l'espèce, Fannius prétend être créancier de Roscius pour 50.000 sesterces. C'est donc la somme précitée que le demandeur réclame; c'est cette somme qui figure dans la formule; il n'est aucunement question de la somme de la sponsio; la procédure était directement établie (*iudicium directum*), pour faire obtenir au demandeur la somme réclamée, dans le cas où il prouverait son droit. Il ne peut être question ici de la *summa sponsionis*, à cause de son élévation ; à quoi servirait une *sponsio* préjudi-

(116) Par opposition à cette formule brève, il serait intéressant de voir la formule que Kappeyne donne ; alambiquée, jugée un monstre par Partsch, elle heurte tout à fait les dires de Cicéron, III. *Abhandl.*; p. 201.

cielle à un taux si élevé, à moins qu'elle ne fût, en même temps, *pénale* (117)? En tout cas, d'après Gaius, elle devrait être du tiers de la somme principale. Or la somme que demande Fannius, est de 50.000 sesterces. C'est donc bien là formule de l'action *certæ creditæ pecuniæ* qui contenait cette somme ; d'où on conclut logiquement que notre action ne contenait pas de *sponsio* préjudicielle.

De même encore, un peu plus haut, au commencement du § 4, nous lisons :

« Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis sponsio facta est. »

« On vous demandait une somme déterminée, que vous réclamez aujourd'hui, devant le juge, somme dont la *sponsio* de la partie légale a été prestée. »

L'objet déterminé de la demande est une somme d'argent que l'on réclame devant le juge, la *sponsio* a eu lieu, sur la quote-part fixée par la loi (118). Ce n'est donc pas sur la *sponsio* que le juge doit décider, mais sur la prétention du demandeur. « Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem. »

De même encore, au début du § 5, Cicéron dit que s'il terminait son plaidoyer à cet endroit, il aurait peut-

(117) C'est la conclusion de Kappeyne, p. 202, *op. cit.*

(118) C'est sans doute à la loi Silia, que Cicéron fait allusion, loi qui, en même temps qu'elle a créé la procédure de la *condictio* aurait établi la *sponsio tertie partis*. — Voir GIRARD, *Manuel*, p. 992, n. 5. — Cuq, *Inst. jur.*, p. 213, note 4, I.

être fait assez pour l'acquit de sa conscience et pour l'accomplissement de son devoir, assez pour l'éclaircissement de la cause et des débats, assez pour satisfaire à la formule et à la sponsio. « *Satis formulæ et sponsioni.* » Cicéron marque bien, par l'emploi de ces deux expressions distinctes, que la formule de l'action *certæ creditæ pecuniæ* était distincte de celle de la *sponsio*. Ensuite, l'orateur indique clairement l'objet du litige, par ces mots : « *Pecunia petita est certa ; cum tertia parte sponsio facta est.* » Ce que le demandeur invoque, réclame, c'est une somme fixe, différente de celle qui fait l'objet de la *sponsio*, puisque c'est avec le tiers de cette somme que ladite *sponsio* a été prestée. Nous nous arrêterons ici, dans ce commentaire des passages du plaidoyer pour Roscius, pensant que nous avons suffisamment démontré que, si le passage cité par M. Jobbé-Duval peut, à la rigueur, s'expliquer et s'entendre de la procédure *per sponsionem*, il ne saurait en être de même des trois autres passages que nous venons de commenter. Ils prouvent bien que la *sponsio* était une partie spéciale, qui ne rentrait pas dans la procédure de la *condictio certæ pecuniæ*. D'où nous concluons que cette *sponsio* était purement pénale.

§ 3. — *Utilité et résultats de la sponsio.*

Le demandeur ou le défendeur qui laissaient engager témérairement un procès s'obligeaient réciproque-

ment, pour le cas de perte, à verser au gagnant le tiers de la somme litigieuse. L'acte juridique d'où naissaient éventuellement ces obligations, portait le nom de *sponsio* et de *restipulatio tertiae partis*. Les plaideurs promettaient une *pœna*, devant le magistrat, sous condition. Telle est notre théorie en ce qui concerne la *condictio certæ pecuniæ*. Du reste, si la procédure, selon laquelle on intente cette action, porte le nom de « *condictio* », pourquoi serait-ce la procédure *per sponsionem* qui aurait place ici ?

Puis Gaius, lorsqu'il parle de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, au § 13, commentaire IV, ne cite qu'une seule procédure, alors qu'au § 93, il dit :

« *Ceterum cū in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem.* »

Si l'action *certæ creditæ pecuniæ* avait été aussi une procédure *per sponsionem*, Gaius, semble-t-il, l'aurait bien dit. Or, au § 13, il dit simplement que cette action est dangereuse, à cause de la *sponsio* et de la *restipulatio*.

Encore faudrait-il se demander quel pouvait bien être le rôle de cette *sponsio* ? Gaius, qui la mentionne au § 13 pour dire quel était son but, en reparle au § 171, pour dire quel était son montant, à un endroit de son commentaire où il étudie les peines qui sont infligées aux plaideurs téméraires. Il n'était pas douteux que la *sponsio* intervenait pour réprimer la malhonnêteté du plaideur qui s'engageait dans un procès, par

pur esprit de chicane, soit comme demandeur, soit comme défendeur. C'est toujours de *pœna* qu'il est question. Comment le gagnant faisait-il valoir son droit, relativement à cette peine ? L'adversaire lui avait promis de lui verser le tiers de la somme en question, s'il démontrait qu'il avait le bon droit pour lui. La condition réalisée, le gagnant intentait l'action *certæ creditæ pecuniæ* à nouveau pour obtenir la peine, promise par la *sponsio*. La condamnation de l'action principale ne contenait pas la condamnation à la *pœna* (119). Elle était seulement de la somme réclamée par le demandeur, puisque c'était une action de droit strict.

Mais jusqu'ici nous n'avons résolu qu'une partie de la question : l'action *certæ creditæ pecuniæ* était une action où la *sponsio* était pénale. Or, il y a un rapport très étroit entre cette action et l'action *pecuniæ constitutæ*. Nous le voyons se manifester surtout quand nous étudions la *sponsio*. Voilà pourquoi nous avons consacré les développements précédents à la *condictio certæ pecuniæ*. Les mêmes caractères, que nous venons de relever sont également ceux de l'action sanctionnant le *constitut*. C'est même dans la *sponsio* qu'est toute la particularité de cette action, la *summa sponsonis* étant égale ici, à la moitié de la somme litigieuse, si bien que Kappeyne van de Copello, à plusieurs re-

(119) Rudorff réunit ces deux condamnations : § 97, 107, *Ed. perp.*

prises (120), prétend que l'action *pecuniæ constitutæ* n'existait pas indépendamment de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, et que c'était seulement la *sponsio* de la seconde qui était élevée dans la première, à la moitié. Or, tous les témoignages sont en sens contraire : l'action *pecuniæ constitutæ* est toujours présentée dans les sources comme une action indépendante ; toutes les règles qui se font jour dans les applications du constitut supposent l'existence d'une action spéciale. Enfin ajoutons que la seule élévation de la *summa sponsionis*, à supposer qu'elle ait été la seule particularité de l'action *ex constituto*, aurait suffi pour donner au prêteur le moyen de créer une nouvelle action (121).

Le débiteur déjà tenu par l'action *certæ creditæ pecuniæ* et qui n'avait pas exécuté le constitut devait, s'il s'obstinait à nier la dette, *in jure*, prêter la *sponsio dimidiæ partis*, à laquelle le créancier devait répondre par une *restipulatio*. Il était juste que la *sponsio* fût de moitié, car depuis le jour où le débiteur avait promis de payer, la *pecunia* due aurait pu produire intérêt et, au jour convenu, le débiteur se laisse mener en justice, plutôt que de se libérer. La prestation de la *sponsio tertiæ partis* n'aurait dédommagé qu'imparfaitement le créancier, qui aurait pu déjà intenter la *condictio*, si le débiteur ne lui avait demandé un répit. Puis, l'acte

(120) III. *Abhandlung*, p. 231, 235, 268. *in fine*.

(121) En ce sens, BRUNS, *op. cit.*, p. 59. — BERTOLINI, *op. cit.*, p. 908, note 1.

de mauvaise foi qualifié, commis par le constituant, méritait bien une sanction efficace ; la *dimidia pars* fut un élément de la répression. Cette sponsio était donc aussi *pénale*, pour les mêmes raisons et *a fortiori*, que la sponsio de la *condictio certæ pecuniæ*. A l'époque classique, la formule est la formule normale de l'action *in factum*, du moins autant que nous avons pu le conjecturer ; par conséquent, il ne saurait être question de procédure *per sponsionem*, qui est essentiellement une procédure d'action *in jus*. Du reste, s'il est fait mention de la *sponsio dimidiæ partis*, dans les Institutes de Gaius, il n'en paraît aucune trace au Digeste.

C'est alors que les partisans de l'opinion contraire disent : Sans doute, la sponsio n'a plus de raison d'être au Digeste, mais ce sont les compilateurs qui l'ont effacée, et, à l'époque classique, la procédure *per sponsionem* était la règle dans l'action *pecuniæ constitutæ*. A l'appui de cette assertion, on pourrait tirer argument de la tournure de la phrase de la formule qui nous a été conservée par Ulpien, dans la loi 16, § 2. Les compilateurs voulant supprimer la mention de la procédure *per sponsionem*, en ont été réduits à donner de l'ancien texte une rédaction qui comporte bien des lacunes, et qu'il est bien difficile, dans ces conditions, d'expliquer aujourd'hui sans y apporter forcément certaines retouches. Nous avons vu qu'il était possible, sinon facile, d'arriver à une reconstitution satisfaisante du texte, et nous croyons que, pour voir dans ce texte la

marque de la *sponsio* préjudicielle, il faudrait lui faire subir des modifications telles, que non seulement il serait déformé en partie, mais qu'il ne resterait plus rien de ce qui constitue actuellement la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*. La formule actuelle que nous posédons doit ses incorrections à ce fait que, sans doute, Ulpien rapportait d'une façon indirecte les *verba prætoris*, et les commissaires de Justinien les ont traduits en langage direct, en les faisant précéder des mots « ait prætor », qu'ils avaient déjà rencontrés au début de l'édit. De cette façon s'expliquent et le « si appareat », inconcevable sans cette démonstration et les temps suivants où règne l'incohérence. Selon M. Lenel, Ulpien aurait sans doute dit : « Notandum est formulæ verbis judicem ita condemnare juberi si appareat, etc. » (122).

A l'époque classique, on peut donc affirmer que l'action *pecuniæ constitutæ* avait une *sponsio pénale*. Mais lors de l'apparition du constitut, n'est-il pas possible que la *sponsio* ait été préjudicielle ? Cette hypothèse s'accorderait très bien, dit-on, avec l'origine reconnue au constitut. Son existence est attestée au temps de Plaute et de Térence, par conséquent vers le milieu ou la fin du VI^e siècle de l'ère romaine, c'est-à-dire à une époque où le prêteur n'avait pas encore le droit de rédiger une formule, qui n'était pas conforme aux prescriptions

(122) LENEL, Ed. perp., 290; éd. all., p. 244. — *Palin-génésie*, II, col. 578. n^{os} 5-8. — BERTOLINI, *Ap. did.*, p. 919, note 3.

du droit civil. Pour ce qui est de l'existence du constitut au ^{vi}^e siècle de l'ère romaine, nous avons déjà vu sur quelle conjecture elle reposait (123). Les comédies de Plaute et de Térence ne sont pas un appui bien ferme pour déduire cette affirmation. Nous avons dit que le constitut paraît plutôt exister au temps de Cicéron, par conséquent à une époque où le préteur avait déjà le pouvoir de délivrer des formules d'action, alors que le *jus civile* ne sanctionnait pas de droits. Donc le préteur, dans ces conditions, pouvait très bien, sans avoir recours à la procédure du *pari*, donner une action au demandeur, à l'effet de lui faire obtenir directement ce qu'il réclame.

Du reste, par imitation de ce qui se passait dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*, le préteur pouvait permettre de faire la *sponsio*, si cela paraissait utile au demandeur, qui ne devait pas s'y engager trop facilement à cause de la *restipulatio* qui l'accompagnait nécessairement. Par suite de la faute, parfois de la mauvaise foi du débiteur, le préteur avait jugé équitable d'élever la *sponsio* du tiers à la moitié de la somme due. En ce sens, nous trouvons des preuves dans le commentaire IV, § 171, des Institutes de Gaius, où il traite des peines infligées aux plaideurs téméraires. Gaius dit précisément : « Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur. » « Il est permis de faire la *sponsio*. » S'il s'agissait d'une procédure *per sponsionem*, elle devrait être obligatoire ; si ce n'est qu'une *permission*,

(123) Voir p. 40 et suiv.

alors il n'y a plus de procédure. Il est vrai qu'on traduit différemment ce texte, suivant l'usage qu'on en veut faire.

Ainsi, M. Jobbé-Duval (123 *bis*) prétend que le mot « *permittitur* » se rapporterait à la faculté pour le demandeur, de déférer le serment à l'adversaire ou d'entamer la procédure *per sponsionem*. Or, il n'est pas question dans ce passage de *serment in jure*, pas plus que dans les passages précédents. La *jusjurandi religio* se réfère au *jusjurandum calumniæ*, prêté par le demandeur sur la délation du défendeur. Du reste, s'il s'agissait d'une option à exercer en cette matière, il faudrait faire porter le « *permittitur* » sur le serment et non sur la *sponsio*. Après avoir dit que le demandeur peut intenter son action, au moyen de la procédure *per sponsionem*, Gaius aurait vraisemblablement ajouté qu'il pouvait déférer le serment à la place.

Bruns (p. 58) pense que la procédure *per sponsionem* était une faculté et qu'à côté existait l'action *in factum* qui serait, dit-il, l'action régulière. Il y aurait donc eu, en matière de constitut, une option assez semblable à celle existant en matière d'action réelle, en revendication et en matière d'action intentée à la suite d'interdits restitutoires et exhibitoires. La ressemblance serait plus profonde avec cette dernière action, car la *formula arbitraria* de l'action intentée pour savoir si

(123) Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains. Tome I^{er} page 178, note 1.

l'interdit a été violé était *in factum*, tandis que la *formula arbitraria* de l'action en revendication était *in jus concepta*. D'ailleurs, Bruns ajoute qu'on ne peut pas prouver qu'il en ait été autrefois autrement. Or il semble bien admettre, à défaut d'arguments contre cette thèse, que toujours la procédure de l'action *pecuniæ constitutæ* a été dédoublée. Le préteur, en sanctionnant le constitut, donna au demandeur le choix ou de se faire délivrer l'action *in factum* ou d'agir *per sponsionem*. Mais pourquoi cette option ? Même à l'époque classique, on ne la conçoit que difficilement. Gaius dit qu'il est permis de faire la *sponsio*, sans parler de l'action *in factum* ; les fragments du Digeste ne parlent, semble-t-il, que de l'action *in factum*, sans dire mot de la *sponsio*. D'autre part, dès les premières années qui suivirent l'époque où le constitut reçut sa sanction du préteur, à quoi aurait bien pu servir l'existence de deux moyens ? Le préteur, en concédant l'action *in factum*, ce qui était en son pouvoir, gardait assez les droits de ses justiciables, sans leur donner encore le choix d'agir par l'antique procédure de la *sponsio* qui n'aurait eu, en réalité, qu'un intérêt purement pénal, puisque c'était d'une façon directe que le demandeur pouvait réclamer la sanction de son droit. Si la *sponsio* n'avait plus qu'un caractère pénal, nous retombons alors dans la théorie que nous soutenons ; nous concluons donc que cette dualité de moyens n'a été possible à aucun moment de l'histoire du droit romain : la

sponsio, si le demandeur le voulait, — et c'était à ses risques qu'il s'y engageait, — était liée à la demande du constitut et dans le cas où il gagnait son procès, il en réclamait le montant au moyen de la *condictio certæ pecuniæ*.

Il est vrai que Bruns émet une théorie particulière sur la *sponsio* de l'action *pecuniæ constitutæ*. Suivant lui, le demandeur pour lequel l'intérêt serait moins élevé que le taux de la *sponsio* aurait avantage à la faire prêter, et, dans le cas contraire, où, au moyen de l'action *in factum*, il pouvait obtenir des intérêts plus considérables, il se bornait alors à intenter l'action *in factum*. Dans ces conditions, la *sponsio* n'aurait plus le rôle qu'elle joue dans la procédure, ce serait une peine promise contractuellement. dans la convention du constitut : suivant l'expression même de Bruns, ce serait une *peine conventionnelle*, autant dire une *clause pénale*. A la vérité, la loi 24 pourrait servir à démontrer cette thèse. Marcellus rapporte qu'un tuteur promet de solder 50, qui sont demeurés au crédit de Seius, à la suite du contrat passé par ses pupilles : il s'engage à les donner aux ides de Mai et s'il ne les fournit pas, il s'oblige à donner tant d'intérêts : « Quod si ad diem supra scriptum non dederō, tunc dare debebo usuras tot. » Mais Marcellus, à qui on avait demandé conseil à ce sujet, répond que l'action *pecuniæ constitutæ* sera donnée pour le sors, c'est-à-dire pour l'obligation de 50, mais non pour les intérêts promis. Or pourquoi en serait-il

autrement quand les intérêts se seraient élevés à la moitié de la somme réclamée? Si la *sponsio* pouvait produire une nouvelle créance, au profit du demandeur, c'était donc que le prêteur avait, lorsque le demandeur y consentait lui-même, le pouvoir de contraindre les parties à la prêter devant lui, *in jure*.

Tout en reconnaissant le caractère pénal de la *sponsio*, Kappeyne van de Copello ajoutait qu'elle était en même temps préjudicielle (124). Il la compare à la *sponsio*, qui a lieu, à la suite de la délivrance d'un interdit et il en conclut que le créancier doit exercer un *secutorium judicium*, tout comme en matière d'interdits. L'apparition de ce *judicium secutorium* inattendu, dont aucun texte ne mentionne l'existence, suffit pour faire échouer cette tentative. Si la *sponsio* avait été *mixte*, pourquoi Gaius ne l'aurait-il pas dit? A la vérité, il ne dit pas que la *sponsio* ait été pénale. Mais, enfin, la façon dont il s'exprime, au § 171, laisse bien entrevoir ce caractère. Il est vrai que le mot « *permittere* » a été commenté différemment. Karlowa y voit la preuve que la *sponsio* était facultative, et Kappeyne qu'elle était obligatoire. Ce dernier, en s'appuyant sur des textes des Institutes de Gaius (125), affirme que le verbe « *permittere* » ne peut pas avoir la signification de « permettre », attendu que dans les textes qui y sont

(124) II, *Abhandlung*, p. 230.

(125) « Condemnatio est ea pars formulæ qua judici condemnandi absolvendive potestas *permittitur* » (c. IV, § 42).

relatifs, il s'agit bien d'une obligation. Karlowa répond à cet argument en citant un texte tiré aussi des Institutes de Gaius (IV, 172), où le mot « *permittere* » a le sens qu'on lui attribue communément (126). Les arguments donnés précédemment ajoutés à ce dernier nous confirment dans notre façon de voir.

Enfin, en faveur de notre théorie, nous prétendons invoquer le fait qu'à la *sponsio* du défendeur était liée la *restipulatio* du demandeur. Au témoignage de Gaius, (c. IV, § 180), la *restipulatio* intervenait dans certains cas. Gaius dit textuellement qu'elle existait dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Le rapprochement que fait le jurisconsulte entre cette action et celle du constitut autorisent bien à penser que la *restipulatio* existait aussi dans l'action *pecuniæ constitutæ*. Si nous consultons la paraphrase des Institutes de Gaius (fragments d'Autun), nous lisons au § 96 : « Ergo ubi pœnalis sponsio est, est et restipulatio. Ubi autem præjudicialis est, cessat restipulatio. »

Lorsque la prestation de la *sponsio* avait pour but de frapper le défendeur d'une peine, il était juste que, dans ce même cas, le demandeur n'engageât pas trop facilement le procès : et pour cela, il promettait de verser au défendeur la somme même qu'il avait stipulée de lui, s'il était prouvé qu'il avait agi à tort. Voilà

(126) Permittit prætor jusjurandum exigere non calumniæ causa infitias ire. Voir KAPPEYNE, p. 209; KARLOWA, II, p. 1372; BERTOLINI, p. 908, n. 1.

pourquoi M. Lenel, dans sa *Palingénésie* (127), mentionne une rubrique, au titre : « Si certum petetur », « de *Sponsione et restipulatione* », et qu'il y fait figurer ce texte extrait du livre 26 ad edictum d'Ulpien (Digeste, livre 50, titre 17, loi 41, pr. et § 1^{er}) :

« Non debet actori licere, quod reo non permittitur. In re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro, »

Ce texte s'il ne se rapporte pas précisément à la matière de la *sponsio* et de la *restipulatio*, a du moins l'avantage de s'adapter très bien à l'idée qu'éveillent ces actes réciproques.

En admettant que la *sponsio* de l'action *pecuniæ constitutæ* fût à la fois préjudicielle et pénale, comment, de quelle manière, le gagnant la faisait-il valoir ? Car si l'on accepte que la condamnation portait sur la *summa sponsionis* comme le voudrait Kappeyne, il faut faire intervenir le *judicium secutorium* qui ne repose pas sur les sources. Puis, à supposer qu'il soit fondé, de quelle façon le gagnant à la *sponsio* pourra-t-il l'intenter ? En définitive, il réclame une certaine somme d'argent ou une certaine quantité de denrées, et comme il ne peut la réclamer directement, il est nécessaire qu'il agisse *per sponsionem* ; on se demande alors quand le stade de ces procès successifs sera terminé !

(127) Voir *Palingénésie*, p. 509, n° 765, Ed. pepr., I, p. 276, et éd. all. p. 231.

Nous avons dit précédemment que le perdant payait au demandeur la *summa sponsionis*, indépendamment de l'exercice de l'action principale. Certains auteurs ont prétendu que la *condemnatio* de l'action *pecuniæ constitutæ*, comme du reste celle de l'action *certæ creditæ pecuniæ* portait non seulement sur l'intérêt du créancier, mais encore sur la *summa sponsionis*. Rudorff (128) a pensé que la *condemnatio* était dirigée à la fois sur *le quanti ea res est* et sur *la moitié en plus de la somme litigieuse*. De cette façon, selon Rudorff, par la formule de l'action *pecuniæ constitutæ*, on aurait pu réclamer l'objet de deux demandes spéciales. Ceci est trop contraire aux règles de la procédure romaine, pour pouvoir être admis sans difficulté. La *sponsio* n'intervenait qu'à titre accessoire ; elle constituait par elle-même un contrat spécial, d'où une action spéciale devait naître.

Karlowa (129) admet une théorie semblable, mais intervertie. La *condemnatio* est dirigée d'abord sur la *pœna* ; puis, pour échapper à la nécessité de faire intervenir *le iudicium secutorium*, il ajoute qu'elle porte aussi sur la somme due. Du reste, Karlowa admet que la *sponsio* devînt pénale et, alors, il n'y a plus d'intérêt cette discussion (130).

De ce que la *sponsio* pénale dans l'action *pecuniæ*

(128) Ed. perp. § 97, p. 107. *Rechtsgeschichte*, II, p. 142.

(129) *Röm. R. G.*, II, 1372.

(130) *Ibid.*, II, p. 1372.

constitutæ était réclamée d'une façon à part, nous en déduisons que la *condemnatio* ne pouvait être pénale et que ce n'est pas l'existence de cette *sponsio* qui pouvait faire hésiter Ulpien, dans la loi 18, § 2. Sans doute, l'idée de châtimement était commune à la fois à l'action et à la *sponsio*, du moins, au début, mais chacune répondait à un désir de justice particulier. Dans l'action, le prêteur voulait punir la mauvaise foi d'un débiteur qui a exploité la crédulité de son créancier ; dans la prestation de la *sponsio*, il veut punir un plaideur (demandeur ou défendeur) qui se laisse citer en justice ou qui intente un procès, *temere*, par pur esprit de chicane.

On nous objectera que le moyen employé par le prêteur, pour réprimer l'abus des procès, dans une action aussi importante et servant à sanctionner des actes multiples, était bien archaïque. Il faut se souvenir que le prêteur n'a pas innové en inscrivant dans l'album, la sanction du nouveau pacte : il a pris modèle sur l'action *certæ creditæ pecuniæ*. La *sponsio tertiæ partis* s'y trouvant comprise, le prêteur l'a élevée à la moitié, lorsqu'une personne réclamait une somme d'argent promise à jour fixe qui ne lui avait pas été payée à ce jour. Rien d'étonnant à ce que le procédé fût employé par le prêteur, car enfin, si le nom lui-même est si archaïque, la chose désignée n'est qu'une promesse ordinaire de payer une somme d'argent déterminée, sous condition. La condition réalisée, le gagnant demande au prêteur la délivrance d'une formule de *condictio*

certæ pecuniæ, au moyen de laquelle le demandeur obtiendra la *pœna*. Donc, la *sponsio* de l'action *pecuniæ constitutæ* était une *sponsio* purement pénale, et c'était par une action spéciale, l'action *certæ creditæ pecuniæ*, que le gagnant faisait valoir son droit.

SECTION III. — LE SERMENT « IN JURE ».

Dans quelques actions, le préteur avait inscrit dans son édit une clause relative à la prestation du serment par le défendeur. De ce nombre étaient l'action *certæ creditæ pecuniæ* et l'action *pecuniæ constitutæ*. Or on sait que, d'après le titre 2, livre 12, au *Digeste*, d'après la rubrique même de ce titre, il y avait trois catégories de serments, comme l'a démontré Démélius (*Schiedseid*) : le serment nécessaire, le serment volontaire et le serment *in judicio*. La question est de savoir à quelle catégorie se réfère l'édit de *pecunia constituta*.

Qu'un serment soit déferé dans notre action, c'est ce que prouvent la loi 14, livre 12, titre 2; la loi 36, eod tit.; et la loi 25 au livre 13, titre 5. Que ce serment ne soit pas un serment volontaire, ni un serment *in judicio*, c'est ce que l'on déduit du peu d'actions dans lesquelles la prestation du serment nécessaire avait lieu, à l'opposé des autres. Or, parmi ce petit nombre d'actions figure l'action *pecuniæ constitutæ*.

La raison d'être de ce serment, sa fonction, son rapport avec l'action et la *sponsio*, ses résultats, telles sont les questions que nous essayerons de résoudre.

D'une façon générale, le serment est un moyen de faire apparaître la vérité, moyen reposant sur l'affirmation solennelle et religieuse d'un plaideur. Ce moyen peut faire partie de la procédure, il sert en quelque sorte de preuve, bien qu'il n'en soit pas une au sens précis du mot ; dans cette fonction, il peut intervenir soit en justice, soit extra-judiciairement.

Le serment relatif à l'action *pecuniæ constitutæ* était un serment judiciaire, déféré par l'un des plaideurs, en présence du prêteur. Ce serment ne constituait pas, comme celui déféré *in judicio*, par le juge, une preuve ; c'était plutôt un moyen de procédure, indépendant, du reste, de la marche de l'action. Quelle était alors sa fonction ? Le *jusjurandum in jure delatum* n'était pas une pièce de la procédure, en ce sens qu'il pouvait ne pas être prêté, si le demandeur le voulait bien ; pas plus que la *sponsio*, le serment n'était obligatoire pour le demandeur. Mais, d'autre part, lorsque celui-ci l'avait déféré au défendeur, ce dernier ne pouvait se refuser à le prêter, car il y aurait eu de sa part *indefensio* et alors exécution sur tous les biens de l'*indefensus*.

D'ailleurs, on sait que celui qui ne voulait pas prendre part au serment était considéré comme *confessus*, et par cela même, l'*actio judiciali* pouvait être intentée contre lui.

Nous ne croyons pas avec M. Biondo Biondi (131) que ce résultat n'aurait pu avoir lieu, parce que, malgré l'opinion qu'exprime cet auteur, relativement à la suppression des actions comportant le *jusjurandum in jure* en cette matière, nous estimons que dans le cas, où le serment n'était pas déferé, ces actions avaient lieu. La preuve du droit réclamé se faisait par tous les moyens possibles. Car la prestation du serment n'était pas une obligation : le défendeur qui n'était pas certain de la bonté du droit de la partie adverse, ou même qui savait devoir au demandeur ce qu'il réclamait, pouvait, au lieu de jurer qu'il ne devait rien, payer, ou bien encore usant d'une faculté qui lui était réservée (132), référer le serment au demandeur. Ce dernier, du reste, n'étant pas obligé de déferer le serment, l'action *pecuniæ constitutæ* était intentée.

Le *jusjurandum in jure* était destiné à faire la lumière sur le litige, en mettant le défendeur dans l'alternative de jurer qu'il ne devait rien ou d'exécuter son obligation. L'édit du préteur, relatif à la délation du serment dans l'action *certainæ creditæ pecuniæ*, qui devait être le même pour l'action *pecuniæ constitutæ* était ainsi conçu : « Eum a quo *certainum petetur*, solvere aut jurare cogam. » (133). Dans ces circonstances, on conçoit que le

(131) *Giuramento decisorio*, p. 32 et 33.

(132) Cette faculté ne lui fut accordée que plus tard.

(133) GRADENVITZ, *Zeitschrift für R. G.*, XXI, p. 275, reconstitue ainsi l'édit sur le serment. — Voir LENEL, *Ed. perp.*, p. 272, § 95, I; p. 229, éd. all.

serment fût un moyen rapide de trancher un litige, sans l'intervention de la procédure non seulement de l'action principale, mais encore de la *sponsio*. On comprend cette remarque faite par Gaius, livre 5 *ad edictum provinciale* (Digeste, livre 12, titre 2, loi 11, § 6.)

« Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurijurandi religio qua deciduntur controversiæ. »

Malgré les interpolations découvertes dans ce texte par Kalb et Krueger, nous estimons que, dans sa construction ci-dessus, il s'applique au serment volontaire et est l'œuvre des jurisconsultes.

En outre, le plaideur qui comparaissait devant le magistrat avait toujours à craindre de la part du demandeur la délation du serment et le fait que s'il ne jurait pas, il serait obligé de payer, devait le dissuader d'engager un procès à la légère. Dans ce rôle, le serment ressemblait à la *sponsio*. Il avait à maintenir le défendeur et le demandeur, à cause de la *relatio*, semblable à la *restipulatio*, dans la juste mesure, lorsque l'un ou l'autre n'était pas convaincu du droit qu'il réclamaait ou qu'il contestait. Sans doute, dira-t-on, ce serment était un vestige de l'ancien état du droit, où la procédure, peu développée, s'était contentée de ce moyen, très efficace pour connaître la vérité, car on ne peut supposer que les Romains eussent juré contrairement à la vérité. Avec le temps, les mœurs primitives s'étant affaiblies, le parjure fut peut-être moins appréhendé : le serment constitua-t-il alors une issue pour éviter une action

ou bien un moyen pour s'enrichir injustement? Des exemples pourraient le prouver. Il aurait donc semblé naturel que cette institution tendit à disparaître dans un état de droit développé à un moment où les ressources de la procédure étaient abondantes et aptes à faciliter la découverte de la vérité, sans risquer d'absoudre au lieu de condamner, et inversement. Pourtant le *jusjurandum in jure* s'est maintenu pendant toute l'époque classique; il s'est maintenu dans l'action *pecuniæ constitutæ*, où pourtant sa présence donne bien l'idée d'un anachronisme, en face du rôle économique important joué par le pacte. Pourquoi alors le serment *in jure*, qui s'est trouvé appliqué seulement à quelques actions, l'a-t-il été à l'action *pecuniæ constitutæ* et pourquoi s'y est-il maintenu aussi longtemps?

Le serment nécessaire a eu, dès les débuts son domaine restreint. Nous croyons que sa première et unique application a été le « *si certum petetur* » entendu seulement de *la res credita*, objet des contrats les plus anciens. Quant à la demande de choses fongibles, réclamées par *la condictio triticaria*, nous ne pensons pas que le serment nécessaire y ait trouvé une place (134). Plus tard, par une application naturelle des principes, par le fait que sous le nom de *pecunia*, on désigne aussi toutes sortes de choses, le serment *in jure* pût être déféré à

(134) Voir Cuq, *Inst. jur.*, I, p. 213, note 5.

l'occasion de l'action *certæ rei* (135). Puis le prêteur ayant sanctionné la promesse faite de payer à jour fixe une dette préexistante, pour l'exécution de laquelle l'action *certæ creditæ pecuniæ* était possible, il permit à celui qui intenterait l'action *pecuniæ constitutæ* de déférer le serment à l'adversaire. Le prêteur prit modèle sur l'action voisine. En matière de constitut, comme une double opération juridique avait eu lieu, le serment devait être prêté, déféré et référé en connaissance de cause. D'autre part, le serment existe, là où se rencontre la *sponsio*. Ainsi en est-il de la *condictio certæ pecuniæ*, de l'action *pecuniæ constitutæ* et de l'action *operarum* (136). Toutes ces actions, d'ailleurs, après examen des textes, se rapportent à une *certa pecunia*. Or, dans ces trois actions, le serment joue à peu près le même rôle que la *sponsio*. Mais l'un et l'autre ont leur fonction nettement séparée. Tandis que le défendeur a le choix restreint, ou de jurer ou de payer, sans quoi il est considéré comme *indefensus* et comme tel soumis à l'exécution sur les biens, il ne peut pas avoir d'autre alternative que de promettre la moitié en plus, s'il ne veut s'exposer à subir la *missio in possessionem*, comme le décide la loi Rubia, au ch. 21. Il en résulte que le défendeur sera forcé, dans un cas, de *payer ou de jurer*, et dans l'autre, de *s'engager par « sponsio »*. Pour ces rai-

,(135) La loi Calpurnia l'aurait introduit dans cette matière (GIRARD, *Manuel*, p. 992, note 5).

(136) Loi 34, pr., livre 12, titre 2.

sons, le serment *in jure* était appelé « *jusjurandum necessarium* »; le défendeur n'étant pas libre de s'y refuser. Nous pensons, malgré l'opinion de M. Biondo Biondi (137) que ce serment, s'il reposait sur l'accord et la présence des plaideurs comme le procès dans son ensemble, ne pouvait pas être refusé par le défendeur, lorsque sur l'invitation du prêteur, il devait y coopérer. L'appellation de serment nécessaire le caractérise donc bien et l'oppose très nettement au serment volontaire, qui lui, étant un pacte, supposait nécessairement l'entente des parties.

Du caractère nécessaire découlaient les conséquences suivantes. Si le défendeur ne veut ni payer, ni jurer, il sera soumis à l'exécution sur ses biens. Dans ce cas, l'*actio judicati* sera intentée contre lui, immédiatement, sans qu'on ait besoin de recourir à la procédure même de l'action *pecuniæ constitutæ*. Mais, dira-t-on, comme le serment peut-être déféré en tout état de cause, comment l'action pourra-t-elle trouver place (138)? En effet, le défendeur jurera qu'il ne doit rien, ce qui équivaut à *la res judicata* (l'action ne pouvant plus être intentée contre lui), ou bien il paiera, et il n'y aura plus d'intérêt à exercer l'action, et enfin, s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il sera *judicatus*, et soumis à l'action *judicati*. Dès lors, à quoi pouvait servir l'action *pecuniæ consti-*

(137) BIONDO BIONDI, *Giuramento decisorio*, n. 34, 35, 39, 40.

(138) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 32.

tutæ ? On ne devait jamais avoir besoin de l'intenter, puisque la délation du serment était destinée à l'éviter. Mais pas plus que la *sponsio*, le serment n'était une obligation pour le demandeur, qui pouvait intenter l'action *pecuniæ constitutæ*, s'il n'avait pas confiance en la bonne foi du défendeur et qui pouvait hésiter à le déférer, craignant la *relatio* de ce dernier. Donc, le demandeur intentait l'action *pecuniæ constitutæ*, avec la *sponsio*, s'il le voulait. Nous ne croyons pas, avec M. Biondo Biondi que le demandeur devait nécessairement intenter l'action et faire prêter la *sponsio*, dans le cas où le défendeur se refuserait à jurer ou à payer (139). L'action *pecuniæ constitutæ* conservait donc encore sa raison d'être dans la circonstance, et il est probable qu'à la fin, l'action était plus souvent intentée que le serment déferé : ainsi l'exigeaient les relations économiques.

Nous avons vu que le défendeur pouvait référer le serment au demandeur. Mais le même défendeur ne pouvait-il pas prendre l'initiative de la *delatio*, en invitant le demandeur à jurer d'abord qu'il était son créancier ? De cette façon, il est possible de croire que le demandeur n'aurait pas intenté l'action *pecuniæ constitutæ* à la légère, puisqu'il aurait été soumis, le premier à la délation du serment, de la part du défendeur. Un texte pourrait être invoqué à l'appui de cette assertion. C'est la loi 25, ainsi conçue :

(139) *Op. cit.*, p. 40 et suiv.

« Si jurejurando delato, debero tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem recte de constituta agis. » (Papinien, livre 8 de ses questions.)

Il semble bien que ce soit la preuve que le serment in jure pouvait être déféré par le défendeur au demandeur. Dans ces conditions, on a cru devoir rattacher ce texte au serment volontaire, qui peut avoir sa délation aussi bien de la part du défendeur que de la part du demandeur (140). Que la première partie du texte se réfère au serment volontaire, cela ne peut être mis sérieusement en doute, étant donné que le texte parle en cet endroit d'action intentée à ce titre, c'est-à-dire à cause du serment, *actio ex jurejurando*, dérivant du pacte de serment, action ayant pour objet une obligation pouvant être constituée. Quant à la deuxième partie, bien qu'il soit question de *referendi necessitas*, la manière dont le texte est écrit doit faire songer au serment volontaire.

« Quia nemo dubitat modestius facere qui referat, quam ut ipse juret, tametsi ob tuam facilitatem ac meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas (141). »

Ces expressions : « il est plus convenable », « à cause de ta facilité » et « de ma politesse » ne peuvent que se rapporter au serment volontaire et c'est pourquoi ce

(140) Voir la thèse de M. JOACHIMOVICI, *Jusjurandum necessarium*, 1912, p. 16 et 102-105.

(141) BERTOLINI. *Ap. did. Processo civile romano*, II^e série, I, p. 284, note 1.

texte ne saurait être pris en considération pour décider qu'en matière de serment nécessaire, la délation du serment appartenait aussi bien au défendeur qu'au demandeur. La principale raison que l'on peut invoquer contre cette façon de comprendre le rôle du serment nécessaire est tirée du passage où Ulpien rappelle les termes mêmes de l'édit relatif au serment, édit ainsi conçu :

« Eum a quo (jusjurandum petetur) (142), *solvere aut jurare cogam.* » (Loi 34, § 6, liv. 12, tit. 2.)

L'expression « *solvere aut jurare cogam* » fait allusion au serment déféré par le demandeur au défendeur, seul tenu de payer. D'autre part, la suite de ce passage n'est pas moins significative :

« Alterum itaque eligat reus, aut solvat aut juret : si non jurat, *solvere cogendus erit a prætore.* »

Tout ce texte montre bien avec la contrainte imposée par le préteur au défendeur, contrainte qui a fait appeler ce serment « serment nécessaire », qu'il ne peut être déféré que par le demandeur au défendeur. Du reste, le § 3, ajoute qu'une autre faculté est donnée à ce dernier : il peut référer le serment. Mais cette possibilité, qui n'a dû être accordée que plus tard (143), n'empêche pas que l'initiative de la délation n'appartient qu'au demandeur,

(142) Expression reconstituée ainsi : « *eum a quo certum petetur* ».

(143) La *facultas referendi* n'est pas dans l'alternative « *solvere aut jurare cogam* ».

ce que confirme la *facultas referendi* accordée au défendeur.

On peut objecter que ce texte, placé au titre « de Jurejurando », qui suit le titre « de Rebus creditis », ne concerne que le serment déferé en matière de *condictio certæ pecuniæ*, et non pas celui de l'action *pecuniæ constitutæ*, qui fait seulement l'objet de quelques textes, notamment de la loi 25 (livre 13, titre 5). Nous répondons d'abord que le serment nécessaire, qui s'applique dans l'action *certæ creditæ pecuniæ* et seulement dans quelques autres actions, ne devait pas changer de caractère, par ce fait, qu'il était déferé dans l'action *pecuniæ constitutæ*, action très voisine de l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Puis, la loi 14 au titre 2, livre 12. relative au serment de *res creditæ*, dit, au sujet de la possibilité de déferer le serment nécessaire à un parent ou au patron, que c'est la même chose lorsque le serment est exigé en matière de constitut. Il y a une bonne raison de penser qu'il devait en être de même pour tout ce qui concernait le serment nécessaire dans l'une et l'autre action.

Quels étaient les effets du serment prêté par le constituant ? Du pacte de constitut était née une action nouvelle au profit du créancier, qui correspond à un droit nouveau distinct de l'ancien. Ces deux droits qui se rattachaient à un seul but : obtenir l'exécution d'une obligation, se séparaient nettement dans la plupart des cas. Nous avons déjà vu comment, après l'extinction de

l'obligation par la prescription, le constitut était encore valable (144). En matière de serment, nous allons de nouveau constater cette dualité de droits. Si un demandeur défère le serment uniquement sur la question du constitut, et si le défendeur jure qu'il ne doit rien, ce dernier bénéficiera d'une exception si le demandeur le poursuit à nouveau « *de constituta* ». Mais si le demandeur agit au moyen de l'ancienne action *de sorte*, dans ce cas il n'y aura plus d'exception, à moins que le défendeur n'ait juré aussi qu'il ne devait rien, l'adversaire lui déférant le serment à l'occasion de cette action (145). On conçoit aisément cet effet de la prestation du serment nécessaire, si l'on comprend comment deux obligations se superposent et comment la personne qui n'a pas contesté le droit du demandeur peut également se voir poursuivre par ce dernier. Cet effet du serment apparaît encore avec plus de clarté, quand on considère un constitut *debiti alieni*, destiné à servir de caution. Le tiers constituant peut jurer qu'il ne doit rien, en vertu du constitut, et dès lors le créancier n'en perd pas moins son droit d'action contre le débiteur principal, à moins que ce dernier n'ait juré ne rien devoir. Cette dualité de droits justifiée, tant que le demandeur n'est pas désintéressé, perd sa raison d'être et les deux chefs d'action se confondent dès qu'il a reçu satisfaction. Du texte que nous

(144) Voir p. 148.

(145) Loi 11 § 6, livre 12, titre 2.

venons de commenter, il est intéressant de rapprocher la loi 18, § 3, où Ulpien, après avoir dit qu'on avait hésité longtemps sur le point de savoir si celui qui agit par l'action *pecuniæ constitutæ* épuise son droit ancien, ajouté qu'il est plus sûr de décider que c'est le paiement qui apporte la libération du constituant, non la *litis contestatio*, parce que le paiement s'étend aux deux obligations.

A l'époque classique, le constitut est devenu un moyen pratique de s'obliger : donner une action à un droit qui en était dépourvu, perpétuer une obligation, transformer ou ajouter une modalité, changer l'obligation antérieure, telles sont les nombreuses applications du constitut. Mais quoi qu'il en soit, ce pacte a gardé certains vestiges de ses origines. Même à cet époque, le pacte de constitut est la convention, par laquelle un débiteur ou un tiers s'engage à exécuter *une obligation antérieure* consistant en une somme d'argent déterminée ou une certaine quantité de choses fongibles. D'autre part, l'action elle-même a conservé des traits de son origine et qui révèlent son analogie avec l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Cette analogie va-t-elle au delà de la période classique, se poursuivre dans le droit du Bas-Empire et particulièrement dans la législation de Justinien ?

C'est cette question que nous abordons maintenant et qui va faire l'objet de notre troisième partie.

TROISIÈME PARTIE

L'action « *pecuniæ constitutæ* » sous Justinien.

Pour ce qui est du pacte de constitut, la plupart de ses applications furent conservées dans le droit post-classique. Les règles auxquelles le préteur l'avait assujetti furent maintenues. De sorte que, pour notre pacte, il est assez vraisemblable que des modifications importantes ne se produisirent qu'après l'avènement de Justinien. Ce dernier conserva même au constitut sa sanction, puisque la distinction du droit civil et du droit honoraire, quoique anéantie en fait, fut maintenue et conservée dans la codification. Mais soit directement, soit par l'effet de modifications plus profondes, le constitut revêtit un aspect nouveau qui ne fit qu'accroître son utilité. C'est en étudiant successivement l'organisation nouvelle du constitut et sa sanction que nous allons nous livrer à cette recherche de l'état du constitut sous le règne de Justinien.

CHAPITRE PREMIER

LE CONSTITUT.

Sauf une nouvelle extension d'un droit spécial au constitut, c'est dans une grande constitution que l'em-

pereur a posé les nouvelles conditions de validité du *constitut*. Il y en a de deux catégories : les unes ont seulement pour objet de trancher d'anciennes controverses qui avaient divisé les jurisconsultes classiques, les autres tendent à établir des règles législatives qui n'avaient pas trouvé place dans le droit antérieur. Du reste, à quelque catégorie qu'appartiennent ces décisions, elles sont dictées à l'empereur par le désir de fusionner désormais les deux actes juridiques du droit prétorien : le *constitut* et le *receptum argentariorum*. A cette occasion, nous devons rechercher si, en principe, les analogies entre ces deux pactes prétoriens légitimaient cette modification législative, et, en pratique, quels furent les résultats de cette pénétration.

De l'aveu de Justinien lui-même, l'action *pecuniæ constitutæ* paraissait semblable à l'action *receptitia* (146). Il convient de noter l'expression employée par le rédacteur pour marquer cette ressemblance. Peut-être que l'empereur n'était pas dupe de certains caractères qui favorisaient ce rapprochement et qu'en voulant réunir ces deux actions pour en créer une nouvelle, il n'ait obéi qu'au désir de rendre plus utiles tant le *constitut* que le *receptum* (147).

Dans tous les cas, à supposer que ce soit par certaines analogies plutôt de coïncidence que dérivant de

(146) *Institutes*, livre 4, titre 6, § 8.

(147) C. II. pr. code, livre 4, titre 18.

la nature juridique des deux pactes, que le prince se soit laissé guider pour unifier ces deux conventions, il nous faut rechercher si à la base de ces deux actes, résidait un point commun.

Il est naturel que l'on cherche cette communauté dans l'origine même du *constitut* et du *receptum*. Or, à ce point de vue, la disparité éclate. Chacun avait sa fonction juridique spéciale, sur laquelle nous n'avons pas à revenir (148), et les ressemblances ne commencèrent à se faire jour qu'autant que le *receptum argentarium* conservait son ancienne et unique application et que le *constitut*, grâce à l'interprétation large de l'édit, accroissait son domaine d'application. Quand ce dernier put servir, en tant que *constitut debiti alieni* à réaliser le cautionnement et la délégation, alors on pouvait bien dire que le *receptum* était semblable au *constitut*. Mais même sur ce point, les différences devaient laisser à chacun son rôle distinct et son utilité particulière. La sanction ne comportait ni la même procédure, ni la même durée. Grâce à une interprétation extensive de l'édit, le *constitut* et le *receptum* restèrent assez voisins l'un de l'autre ; mais ce ne fut là qu'une coïncidence, à tel point que tous deux gardaient leurs règles spéciales, ce qui, même sous ces analogies apparentes, les séparait.

C'est pourquoi Justinien trouvant que l'action *recep-*

(148) Voir p. 32-34.

titia étant inutile comme superflue, décida de transférer dans l'action *pecuniæ constitutæ* tout ce qui était utile dans l'action *receptitia* et c'est ainsi que, sous le nom d'action *pecuniæ constitutæ*, se forma une action nouvelle où les règles les plus utiles de chacune d'elles trouvèrent place. Ce fut l'objet de la grande constitution, rendue en l'an 535 après J.-C., figurant au code, livre 4, titre XVIII, constitution 2. En réalité, à part quelques points importants, ce sont plutôt les règles de l'action *receptitia* qui passèrent dans celles de l'action *pecuniæ constitutæ*, ainsi que Justinien, au principium de ladite constitution, nous en avertit.

1° En ce qui concerne les anciennes controverses de l'époque classique, Justinien tranche définitivement trois questions : *a.* Le constitut de dettes à terme sera désormais possible. Le nouveau rôle joué par le pacte imposait cette innovation. *b.* On pourra constituer une dette conditionnelle. *c.* Le constitut, sans indiquer d'échéance, sera valable (c. 2, 4, 18, § 1^{er}). Enfin, sur la question de transmissibilité de la dette de constitut aux héritiers, sur le point de savoir si l'action était perpétuelle et dans quels cas, autant de points tranchés dans le sens de la plus grande utilité (p. 136).

2° Les innovations sont plus intéressantes et plus dignes d'intérêt, parce que c'est vraiment en elles que consiste la réforme législative de Justinien. Au § 1^{er} de la constitution, il est rappelé que le constitut ne s'appliquait qu'aux choses qui se pèsent, se comptent

ou se mesurent, aux seules choses longibles. C'était là une des grandes différences avec le *receptum* et, en même temps, une infériorité du constitut. Désormais, on pourra constituer les dettes de n'importe quelles choses : « ... sive mobiles, sive immobiles, sive se moventes, sive instrumentes, vel alias quascunque *res*, quas in stipulationem possunt homines deducere ». Dès lors, le constitut fut bien la stipulation prétorienne, au sens toutefois, dans lequel il faut entendre ce mot. La trace de cette modification se trouve non seulement au code, mais aussi au Digeste. En effet, nous lisons dans la loi 12, livre 13, titre V :

« Sed et si decem debeantur et decem et *Stichum* constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri. »

Un constitut ne pouvait pas avoir pour objet *Stichus*, abstraction faite du fait qu'il n'était pas fondé sur une dette préexistante. Ce texte, extrait du livre 13 du commentaire de l'édit par Paul, se réfère à un cas de *receptum* (149). Les compilateurs, appliquant à la lettre la constitution, substituèrent au mot *recipiat*, le mot *constituat*. De cette façon, le constitut d'une chose de genre et d'un corps certain aurait été permis si le fait de l'addition de *Stichus* à l'obligation antérieure n'avait annulé le constitut. Il serait intéressant de se deman-

(149) LENEL, *Palingénésie*, I, col. 992, n° 258, note 3.

der pourquoi il en était de même pour le *receptum*. D'après la constitution que nous commentons, Justinien se récrie contre la possibilité de s'engager par *receptum*, alors qu'il n'y a pas d'obligation préexistante. C'était là, en effet, une des grandes dissemblances entre les deux institutions. Il semble donc qu'en partant de ce principe, on ait pu s'engager, par *receptum*, à promettre plus que le client, puisque le banquier pouvait s'engager, alors qu'aucune dette n'existait. La seule explication qu'on puisse donner est que la dette du banquier vis-à-vis du client n'était pas nécessaire pour qu'il pût *recipere* ; mais, par contre, celle du client à l'égard du tiers créancier devait être existante (150).

Jusqu'ici, nous ne nous sommes occupé que des transformations apportées au constitut par le *receptum*. Mais, à la fin du § 1^{er}, Justinien déclare que désormais il faudra pour que l'action *pecuniæ constitutæ* pût être intentée, qu'il y ait une dette antérieure, car, dit-il, c'est une chose absurde et contraire, tant aux idées actuelles qu'aux lois justes, que de permettre de réclamer par l'action *receptitia*, des choses qui n'étaient pas dues. L'innovation qui, sur les points précédents, pouvait être considérée comme un progrès, parce qu'elle consistait dans une application de règles très utiles au

(150) M. LESCOEUR, *Cours autographié de Pandectes*, prétend qu'il s'agit là d'un constitut, p. 127.

constitut, ne peut être ici que regrettée, car, pour prendre cette décision, il faut appliquer au *receptum* les règles du constitut, règles plus étroites et qui trahissaient son origine. Supprimer pour le banquier le droit de s'engager sans qu'il doive quelque chose, c'était, du même coup, rendre impossible à l'avenir une opération pratique des plus importantes : l'ouverture de crédit. Justinien essaie de justifier d'une manière assez vive et assez pompeuse cette nouveauté. Mais, en réalité, l'opération n'était autre chose qu'un prêt et, dans ce cas, on ne découvre ni absurdité, ni injustice. Il est à supposer qu'il n'a pas compris l'importance de la règle dominant le *receptum*, au point d'en effacer toute l'utilité.

Par suite de ces transformations, qui la plupart ont servi au progrès des institutions, il n'y avait plus, tant pour les banquiers que pour les particuliers, qu'une seule action sanctionnant un seul pacte : le constitut. Du reste, le nom de « *pecunia constituta* » demeura à la nouvelle opération, puisque sous le nom de « *pecunia* », dit Justinien, on entendait non seulement l'argent, mais encore toutes choses fongibles. Mais pour bien marquer la transformation produite, Justinien déclare d'une façon formelle qu'à l'avenir toutes choses pourront donner lieu à l'action *pecuniæ constitutæ*.

Toutefois, à la fin de la constitution, Justinien, dans une sorte de disposition transitoire, déclare que ce que les banquiers et autres négociants auront conclu, de-

vra garder son efficacité, en conformité avec les préceptes en vigueur jusqu'à ce jour. Comme sur la plupart des points, c'était le *receptum*, qui avait vu son champ d'application étendu au constitut et qu'il n'y avait qu'un seul principe qui était, au contraire, passé du constitut au *receptum*, c'est sans doute à la possibilité de « *recipere* » sans dette antérieure que Justinien fait allusion, en décidant que ces conventions déjà passées garderont leur effet. Plus simplement, Justinien ne fait qu'appliquer à cette nouvelle législation la règle de l'effet rétroactif, déjà posée par un des empereurs précédents.

En résumé, la promulgation de cette constitution eut pour effet de donner un grand essor au constitut, qui devint véritablement le moyen de contracter n'importe quelle obligation, pourvu qu'il y en ait une déjà existante.

En dehors de la réglementation générale du constitut, certaines des applications du pacte donnèrent lieu à l'établissement de règles spéciales. Un rescrit d'Hadrien avait allégé la responsabilité des *fidejussores* et des *mandatores*, en divisant leurs charges. Quand plusieurs cautions du genre de celles-ci intervenaient pour garantir une dette, le créancier ne pouvait plus, par la suite, poursuivre pour le tout chacune d'elles ; il devait nécessairement diviser son recours. Le constitut, nous l'avons vu, jouait le rôle de garantie d'une façon très énergique et très simple. Il était nécessaire aussi

qu'il ne fût pas pour la caution plus dangereux et plus onéreux que les autres modes indiqués ci-dessus. Or, pendant toute l'époque classique, en ce qui concerne surtout la division de la poursuite, le constitut avait une place à part, qui dut le faire rechercher particulièrement par les créanciers. A l'encontre de la fidéjussion et du *mandatum pecuniæ credendæ*, la poursuite pouvait être exercée *in solidum* contre chaque débiteur accessoire. Pour rétablir l'unité, Justinien, dans une constitution de 531 après J.-C., déclara que le rescrit d'Hadrien « *de periculo dividendo* » serait étendu aux constituants. Cette extension est nécessaire, ajoute-t-il ; la raison d'équité ne doit pas permettre de distinguer entre les diverses actions (151). Le constitut fut ainsi nivelé et assujetti à la plupart des règles, tant du *receptum* que des modes de cautionnement.

Dans quelle mesure le constitut absorba-t-il le *receptum*, autrement dit, la constitution de 531 ap. J.-C. eût-elle pour effet de supprimer à l'avenir tout ce qui avait trait à ce pacte ? Sans doute, les règles propres auxquelles était soumis le *receptum* avaient été abolies. Mais, dans la législation postérieure, des mentions se référant aux banquiers se rencontrent notamment dans la nouvelle 4, chapitre III, dans la nouvelle 136, intitulée : « *de Argentariorum contractibus* », au chapitre I^{er}.

(151) Cod. Just., livre 4, titre 18, c. 3.

Mais, en définitive, les règles posées dans le code ne furent pas modifiées et l'action *pecuniæ constitutæ*, à l'étude de laquelle nous arrivons maintenant, s'applique tant aux contrats passés par les particuliers qu'à ceux conclus par les banquiers.

CHAPITRE II

L'ACTION PECUNIE CONSTITUÉE.

La distinction du droit civil et du droit honoraire ayant été supprimée, il ne se rencontrait plus que des actions civiles : toutes étaient *in jus*, puisque sanctionnées par la loi; le demandeur s'autorisait d'un droit pour fonder sa réclamation.

D'autre part, la confusion des deux phases du procès s'étant produite, la formule n'avait plus de raison d'être, et il en résulta qu'en pratique on ne pouvait pas dire qu'une action était *in factum*. Le juge, qui était en même temps, magistrat, prononçait sur le droit réclamé par le demandeur et, en connaissance de cause, condamnait ou absolvait le défendeur. Enfin, par suite de cette réunion, le serment nécessaire va être appliqué de toute façon et se confondre avec le *jusjurandum judiciaire*.

Pour ce qui est de l'action en elle-même, il n'y a pas un grand changement. Le demandeur triomphant obtient toujours une somme d'argent représentative de son intérêt. D'autre part, la prestation de la *sponsio* n'eut plus lieu. Ceux qui, comme Kappeyne, voient dans cette *sponsio* la partie de la procédure la plus importante, doivent décider qu'à l'époque du Bas-Em-

pire, cette procédure s'est entièrement transformée. La mention de la *sponsio* préjudicielle a été exclue des sources (151 *bis*), de même que celle de la *sponsio* pénale. Tandis que Gaius, à la fin du commentaire IV, consacre des exposés aux peines des plaideurs téméraires, Justinien, dont les Institutes reproduisent dans les grandes lignes l'ouvrage du jurisconsulte, au titre XVI du livre IV, dit que la témérité des plaideurs est châtiée tantôt par une peine pécuniaire, tantôt par la *jurisjurandi religio*, tantôt par l'infamie. De *sponsio*, on le voit, il n'est plus question.

Cependant, la première manière indiquée « *modo pecuniaria pœna* », mots textuellement écrits par Gaius, au commentaire IV, § 171, pourrait faire songer aux effets de la *sponsio*. Car pour rendre obligatoire la convention de payer une amende en cas de perte du procès, le préteur s'était servi du moyen solennel qu'était la *sponsio*, déjà employée dans la *condictio certæ pecuniæ*. Cette promesse avait pour objet une somme d'argent, qui servait d'amende. La menace de cette pœna aurait pu détourner les plaideurs d'agir en justice lorsqu'ils savaient leurs droits peu établis. Au temps de Justinien, cette somme d'argent n'avait plus à être promise solennellement et le seul fait d'engager le procès, comportait de la part du demandeur comme

(151 *bis*) On a voulu en voir une mention dans la loi 41, livre 50, titre 17.

du défendeur, la promesse de payer la moitié de l'intérêt en litige s'il succombait. La *sponsio*, comme telle, n'existait plus et les grandes difficultés auxquelles elle avait donné lieu ne se firent plus jour. Il est à penser que ce qui se trouvait dans l'action *pecuniæ constitutæ* devait se rencontrer aussi en d'autres actions : La *pecuniaria pœna* des Institutes devait être, en général, une *pœna temere litigantium*, dont le degré variait, naturellement, suivant chaque action.

Tout comme la *sponsio*, le *jusjurandum necessarium* a disparu de la législation justinienne. Comme la première, son caractère archaïque l'a fait supprimer; mais comme pour elle, il en est subsisté des traces. Le *jusjurandum necessarium* se transforma et fut absorbé par une autre catégorie de serments : le *jusjurandum judiciaire*. A la vérité, ces deux serments, qui avaient de commun et le nom et les formes, différaient quant aux circonstances dans lesquelles ils intervenaient. Le *jusjurandum judiciaire* était jadis déféré par le juge à l'un ou l'autre des plaideurs. C'était, à la vérité, un moyen pour le juge de se convaincre, et c'était un mode de preuve à ajouter aux autres. Du reste, ce serment différait du *necessarium*, en ce sens qu'il n'était pas obligatoire pour le juge, et que ce dernier, après la prestation du serment par l'une ou l'autre partie, pouvait encore rendre sa sentence en toute liberté. Si les institutions s'étaient conservées dans le droit du Bas-Empire, telles qu'elles fonctionnaient à l'époque classique,

nous aurions eu les résultats que voici. Le magistrat, jouant à la fois le rôle de magistrat et de judex, aurait pu, sur la seule initiative du demandeur, forcer le défendeur à payer ou à jurer, ou bien, sur la demande de n'importe quel plaideur, exiger le serment de l'adversaire, sans que ce dernier fût tenu de le prêter et aussi sans que le juge fût lié par le serment. Mais cette distinction ne subsista pas. Comme il n'y avait plus désormais qu'une seule phase de l'instance, qu'un seul personnage pour présider les débats et rendre la sentence, il n'y eut plus aussi qu'une seule espèce de serment judiciaire, le *serment in judicio*. L'ancien serment nécessaire fut confondu avec ce dernier et devint seulement une preuve. Ainsi, le caractère archaïque de ce serment disparut (152). Mais la mention du *jusjurandum necessarium* subsista, ou tout au moins, son contenu. Dans les sources, le serment nécessaire devenu serment *in judicio* revêt les caractères de ce dernier. C'est ainsi qu'il va pouvoir être déferé en tout état de cause.

« *In pecuniariis causis, si alter ex litigatoribus jusjurandum deferat, audiendus est.* » (Sent. Paul, 4, 1, 1).
« *In pecuniariis causis* », cela se comprend de tous les procès civils; les législateurs visigoths, se basant sur le droit de Justinien ont, au moyen de cette interpolation, mis ce passage des Sentences de Paul en ac-

(152) Cod. Just., livre 4, titre I^{er}, ch. 11 et 12.

cord avec la nouvelle législation. De même, le fait, que l'un ou l'autre des plaideurs peut déférer le serment se trouve confirmer cette assertion. Du reste, le § 2 n'a pas été touché par les législateurs barbares, puisqu'il donne au demandeur le droit de déférer le serment le premier.

De même encore, au témoignage des scholiastes des Basiliques, le serment nécessaire est défini « celui que le juge défère *in judicio* », l'un des plaideurs le référant à celui qui l'a déféré (153). D'après ce texte, le serment *in judicio* serait celui qui serait déféré non sur la demande des parties, mais sur la seule initiative du juge. La différence serait ainsi insensible.

Enfin, appliquant le principe qui avait cours, en matière de serment *in judicio*, nous voyons les jurisconsultes contemporains de Justinien dire ceci :

« Nota vero, etiam necessarium jusjurandum hodie *in omni re* locum habere, neque, ut olim, in quibusdam, ut puta in actione si certum petatur, et actione pecuniæ constitutæ (154). »

Le contraste entre l'ancien et le nouveau serment nécessaire ne peut être mieux indiqué. Le serment nécessaire n'a plus de nécessaire que le nom, quand encore il est exprimé. Il est déféré par le juge et, malgré sa prestation, il peut y avoir une sentence rendue en sens contraire. Le serment a perdu de son prestige; peut-être

(153) *Basiliques*, XXII, sch. 2-5, c. 1.

(154) *Ibid.*, XXII, sch. 1-5, c. 34.

que son fonctionnement ne répondait plus aussi au nouvel état des mœurs, et c'est pourquoi il a été relégué dans la catégorie des preuves, perdant par cela même son caractère original (155).

L'action *pecuniæ constitutæ* comporta toujours la délation du serment, qu'on lui donne tel ou tel nom, peu importe (c'est un serment judiciaire), et, à ce titre, elle ne diffère plus d'aucune autre action, dans laquelle ce serment pouvait tout aussi bien être déféré. A cette époque, elle avait perdu un grand nombre des caractères qui l'a distinguaient des actions voisines, en la rapprochant de l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Mais cette dernière ayant subi la même transformation juridique, les deux actions n'en continuèrent pas moins à demeurer analogues ; toutefois il fut plus difficile de les détacher du groupe très nombreux des actions tant civiles que prétoriennes.

(155) JOACHIMOVICI, thèse précitée, p. 3-6.

CONCLUSION

Peu d'institutions romaines ont parcouru un si grand chemin depuis le jour où elles sont nées jusqu'à celui de leur dernière évolution, qui les a fait passer du droit romain dans un droit plus récent. En effet, une institution quelconque du droit romain, quelques changements qu'elle subisse, a toujours un seul but ; elle est toujours elle-même, malgré les modifications dont elle est l'objet. Le constitut, lui, a perdu le caractère qu'il possédait à son origine. Pacte sanctionné par le préteur, pour punir la mauvaise foi d'un débiteur, il a été ingénieusement employé pour rendre obligatoires les conventions où la mauvaise foi n'était pas manifestée ; avec la théorie des *pacta adjuncta*, théorie assez timide, d'ailleurs, la pratique avait ouvert la brèche dans l'ancienne règle : « *ex pacto actionem non oriri* ». Avec les applications du constitut, une exception importante est faite à ce grand principe du droit romain, exception si grande, que l'action sanctionnant ce pacte était douée d'une efficacité spéciale. C'est parce que le simple consentement ne suffisait pas à créer d'obligation valable, que le constitut a joué un rôle en droit romain ; c'est parce qu'aujourd'hui, l'obligation se forme *solo consensu* que le constitut n'a plus de raison d'être. Pothier disait pourtant que des conventions de constitut existaient encore, conventions, par lesquel-

les, on promet à un créancier, de lui payer ce qui lui est dû. En effet, si le pacte romain en lui-même n'existe plus, la chose demeure. Les conventions sont obligatoires *solo consensu*. A l'époque, le constitut avait bien son importance comme pacte, puisqu'il servait à la réalisation de l'exclusion de la règle gênante de l'ancien formalisme ; mais c'était surtout par les conventions qu'il servait à conclure, qu'il était un acte juridique considérable (156).

Si le constitut a été transformé, jusqu'au point de devenir un mode de s'obliger, l'action *pecuniæ constitutæ* est demeurée la même dans ses grandes lignes. Action *in factum*, créée par le préteur, action *in factum*, pendant toute la durée de la période classique, elle l'est encore sous Justinien, malgré la disparition de cette catégorie d'actions. Sans doute, la *sponsio dimidiæ partis* et le serment ont eu le sort des anciennes institutions ; l'action *pecuniæ constitutæ* a glissé de son ancienne place originale pour tomber au milieu des actions les plus diverses et leur devenir semblables. Pourtant, au milieu de toutes ces modifications, l'action *pecuniæ constitutæ* a gardé des traits incontestables de ressemblance avec une action qui lui avait servi de modèle et d'antécédent, et avec laquelle, jusqu'à la fin, elle a gardé des analogies : nous voulons dire l'action *certæ creditæ pecuniæ*.

Quand la fusion du droit civil et du droit honoraire a été faite, quand on a pu dire que l'action *pecuniæ consti-*

(156) POTHIER. *Traité des obligations*, n° 461.

tutæ était une action civile, alors jamais le mot par lequel Pothier (157) définit l'action *pecuniæ constitutæ* ne s'est trouvé plus exact : c'est une sorte de *condictio*, nous dirions bien, sans vouloir donner à ce mot toute l'importance juridique qu'il peut contenir, que c'était une *condictio utilis*, nous dirions que l'action *pecuniæ constitutæ* n'était, après tout, qu'une *actio certæ creditæ pecuniæ, utile*.

(157) POTHIER. *Pandecte Justinianæ*, page 9, tome II.

Vu : le Doyen,

F. LARNAUDE

Vu : le Président de la Thèse,

E. JOBBE-DUVAL

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- BERTOLINI. Appunti didattici di diritto romano. Obligazioni parte speciale, II, 1905.
— *Serve secunda. Il processo civile*, 1913, I.
- BIONDO BONDI. *Giuramento decisorio nel processo civile romano*, 1913.
- BODIN. *Effets du pacte de constitut*. (*Revue historique de droit français et étranger*, 1866.)
- BRUNS Das « *Constitutum debiti* ». (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1861, p. 28-130) ; et *Kleinere Schriften*, I, p. 221 et suiv., 1882.
- E. CUQ. *Institutions juridiques des Romains*, I, II, 1904, 1908.
- P.-F. GIRARD. *Manuel de droit romain*, 1911.
— *Textes de droit romain*, 1913.
- GRADENWITZ. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XXI, p. 276.
- JOACHIMOVICI. Thèse (*Jusjurandum necessarium*), 1912.
- E. JOBBÉ-DUVAL. *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, 1896.
- KAPPEYNE VAN DE COPELLO, *Abhandlungen*, III, *Abhandlung, über « constituta pecunia »*, p. 200-354, 1891.
- KARLOWA. *Römische Rechtsgeschichte*.
- LENEL. *Reconstitution de l'édit perpétuel*. Traduction française, par PELTIER, 1901, et 2^e édition allemande, 1907.
— *Palingénésie Juris civilis*, 1889.
- LESCŒUR. *Cours de Pandectes, Constitut*, 1901-1902.
- MAY. *Les actions arbitraires*, 1911. (Mélanges P. Girard.)
- PARTSCH. *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXIX.
— *Pro Roscio comædo*.
- PLATON. *Les banquiers dans la législation de Justinien*, Chap. V: Histoire et rôle du constitut. (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1911.)
- POTHIER. — *Traité des obligations*, n^o 461.
— *Pandectæ Justinianæ*, tome II, p. 9.
- SAVIGNY. *System*, V.
- STINTZING. *Beiträge Zur römischen Rechtsgeschichte*, 1901.
- VALÉRY. *Origine et transformations du pacte de constitut* (*Revue générale de droit*, 1891, 1892, 1893).

TEXTES CITÉS

DIGESTE

	Pages	
LIVRE IV. <i>Titre VII.</i>		
Loi 8, § 1 ^{er}	129, note	83
Loi 4, § 6	129, —	85
Loi 6	129, —	85
Loi 7	129, —	86
LIVRE IX. <i>Titre III.</i>		
Loi 1, pr.	170, note	114
LIVRE XII. <i>Titre II.</i>		
Loi 11, § 6	191, 199 note	145
Loi 14		188
Loi 34, pr.		193
— § 3		197
— § 6		197
Loi 36		188
LIVRE XIII. <i>Titre V.</i>		
Loi 1, pr.	10, 23, 30,	66
— § 1 ^{er}	23, 35, 66, 107,	112
— § 5	91, note	61
— § 6		35
— § 7		35
— § 8		35
Loi 2	108, note	69
Loi 3, § 1 ^{er}	24,	55
— § 2	46, note 34,	55
Loi 4	60, 108 note	69
Loi 5, § 2	68, note	52
— § 3	87,	102
Loi 11, pr.		35
Loi 12, § 2		205
— § 2	109, 122,	131
— § 1		108
Loi 14, pr.	107, 108 note	69
— § 3	21,	34
Loi 16, pr.		
— § 1 ^{er}	63,	149
— § 2	24, 111, 112,	113
— § 3		101
— § 4	24,	155
Loi 17	24, 152, 153, 154,	155
Loi 18, pr.	24, 150,	155
— § 1 ^{er}	24, 35, 108, note	69
— § 2	112,	125
— § 3	89,	200

Loi 19, pr.	62, note	46
— § 1 ^{er}	62, note	47
— § 2	108, note 69,	149
Loi 20		148
Loi 21, § 1 ^{er}	9,	36
— § 2	108, note	69
Loi 24	35, 87,	182
Loi 25, pr.	91, note 62,	198.
— § 1 ^{er}		196
Loi 26	35, 87, 161, note 108.	188
Loi 27	155, 157.	158
Loi 28	94, 108, note	69
Loi 30		161
Loi 31	35,	162
LIVRE XXII. <i>Titre V.</i>		
Loi 15, pr.	154, note	103
LIVRE XXVIII. <i>Titre I.</i>		
Loi 20, § 5	154, note	103
LIVRE XLIV. <i>Titre VII.</i>		
Loi 35, pr.	138, note	95
LIVRE XLVI. <i>Titre II.</i>		
Loi 11, § 1 ^{er}		79
LIVRE L. <i>Titre XVII.</i>		
Loi 41, pr.	93, note 64,	185
— § 1 ^{er}		185

CODE

LIVRE IV. <i>Titre I.</i>		
C. 11, 12	214, note	152
LIVRE IV. <i>Titre XVIII.</i>		
C. I.	133,	155
C. II, pr. 33, 57, 133, 136, note 93, 202	note 147,	
	204,	206
— § 1 ^{er}	32, note	21
C. III		209
LIVRE VIII. <i>Titre XLI.</i>		
C. VII		80

INSTITUTES

LIVRE IV. <i>Titre VI.</i>		
Loi § 8		25
— § 9		25
— § 31		141

TITRE XVI

Pr.	202, note	146
----------	-----------	-----

GAIUS. — *Institutes.*

Com. III, § 120 à 127	70, note	55
— § 124	63, note 48, 70, note 54	105

Com. IV, § 13	166, 168,	174
— § 34		120
— § 41		115
— § 42	183, note	125
— § 91, 93	165, note 110, 167,	174
— § 110	138, note	95
— § 171	116, 124, 163, 167, 174, 179, 183,	212
— § 172		184
— § 180	117,	184

EDICTUM PERPETUUM

Titre XVII, § 95	118, 190, note	133
— § 96		118
— § 97..	108, notes 70 et 71, 116 note 76, 117, note 77, 118, 143, note 96, 144, note 98, 175, note 119, 186, note	128

LOI RUBRIA DE GALLIA CISALPINA

Chap. XXI.	168,	169
-----------------	------	-----

Loi des XII Tables

Table VIII, 2	16, note	6
---------------------	----------	---

BASILQUES.

Livre 26, 7, 16		12
— 22, sch, 2-5, ch. 1 ^{er}	215, note	153
— 22, sch., 1-5, ch. 34	215, note	154

AULU-GELLE

Nuits attiques 20, 1, 41	30, note	18
--------------------------------	----------	----

CICÉRON.

Pro Quinctio, V, 18		44
Pro Roscio comædo		
Chap. III, 4, 5	169,	172
In Verrem, 2a, II, 5, 12, 31	145, note	100

PLAUTE.

Pseudolus, vers 563, 1, 5	40, note	28
---------------------------------	----------	----

TÉRENCE.

Eunuch		42
Heautontimoroumenos, vers 726		41
Hécube, 1, 2, vers 121	42, note	30
Phormio, vers 676		42

THÉOPHILE. — Paraphrase.

LIVRE IV. Titre VI, § 8		11
-------------------------------	--	----

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3 à 5
PREMIERE PARTIE	
ORIGINE DE L'ACTION PECUNIÆ CONSTITUTÆ.....	7 à 49
CHAP. I ^{er} . — Théories sur cette origine	7 à 22
— II. — Le constitut, pacte prétorien	23 à 31
— III. — Le constitut et le receptum	32 à 34
— IV. — Le constitut primitif	35 à 39
— V. — A Quelle époque remonte le pacte ?	40 à 48
DEUXIEME PARTIE	
L'ACTION PECUNIÆ CONSTITUTÆ A L'ÉPOQUE CLASSIQUE	49 à 201
CHAP. I ^{er} . — Fonction juridique du constitut....	53 à 99
§ 1. — Expromissio	67 et 68
§ 2. — Adjonction d'un débiteur solidaire	68 et 69
§ 3. — Adjonction d'un débiteur accessoire	69 à 75
§ 4. — Changement de créancier.....	75 à 88
§ 5. — Le constitut et la novation.....	88 à 98
CHAP. II. — Fonction économique du constitut ..	99 à 103
CHAP. III. — L'action pecuniæ constitutæ.....	104 à 200
§ 1. — L'édit	104 à 110
§ 2. — La formule	111 à 116
§ 3. — La sponsio	116 à 118
SECTION I. — L'ACTION.....	118 à 163
§ 1. — L'intentio	119 à 123
§ 2. — La condemnatio	123 à 146
§ 3. — Adjectiones	146 à 163
SECTION II. — LA SPONSIO DIMIDIÆ PARTIS.....	163 à 188
§ 1. — Nature de la sponsio	164 à 167
§ 2. — Caractères de la sponsio.....	167 à 173
§ 3. — Utilité et résultats de la sponsio..	173 à 188
SECTION III. — LE SERMENT IN JURE.....	188 à 200
TROISIEME PARTIE	
L'ACTION PECUNIÆ CONSTITUTÆ SOUS JUSTINIEN ..	201 à 216
CHAP. I ^{er} . — Le constitut	201 à 211
CHAP. II. L'Action pecuniæ constitutæ	211 à 216
Conclusion	217 à 219
Bibliographie	221
Textes cités	222 à 223

